كنز الدقائق

للإمام أبي البركات عبد الله بن أحمد بن محمود النسفي رحمه الله تعالى
المتوفى ۷۱۰ھ

مع شرحه النفيس

لأستاذ المشايخ الشيخ مولانا محمد إعزاز علي رحمه الله تعالى

اعتنى بإخراجه

نعيم أشرف نور أحمد

الجزء الثاني

من منشورات

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

۴۳۷۔ دی كاردن ایست كراتشي. باكستان

إدارة القرآن والعلوم الإسلامية

المركز الرئيسي: ٤٣٧ دي كاردن إيست لسبيله كراتشي ٧٤٥٥٠ باكستان
الهاتف: ٧٢١٦٣٨٨ فاكس: ٠٠٩٢٢١.٧٢٢٣٦٨٨

فرع أول: اردو بازار، ايم اے جناح رود كراتشي تلفون: ٢٦٢٩١٥٧
فرع ثاني: H 8/1 إستريت3 مقابل الشفاء إنترنيشنل هاسبتل، إسلام آباد

أشرف على طباعته ببيروت: فهيم أشرف نور

الطبعة الأولى .... ١٤٢٤ هـ ٢٠٠٤ م
الصف والتصميم: .... بإدارة القرآن كراتشي
الطبع والإخراج: .... بيروت. لبنان.

ويطلب أيضا من:

المكتبة الإمدادية .... باب العمرة مكة المكرمة. السعودية
مكتبة الإيمان .... السمانية، المدينة المنورة. السعودية
مكتبة الرشد .... الرياض. السعودية
إدارة إسلاميات .... انار كلي لاهور. باكستان
دار الإشاعت .... كراتشي

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب[1] البيوع[2]

هو مبادلة المال بالمال بالتراضى[3]، ويلزم[4] أى ينعقد بإيجاب[5]

(١) قوله: "كتاب" مناسبة البيع بالوقف أن فى كل منهما إزالة الملك، ففى الوقف يزول الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير أن يدخل فى ملك الموقوف عليه، وفى البيع يزول الملك عن البائع، ويدخل فى ملك المشترى، فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب من أن الوقف فيه زوال بلا دخول، والبيع فيه زوال ودخول، والمفرد سابق على المركب، فلذا أخر ذكر البيع عنه. (الشلبى)

(٢) قوله: "البيوع" البيع مصدر، فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره، كما يجمع المبيع، وقد يراد به المعنى، وهو الأصل، فجمعه باعتبار أنواعه، فإن البيع يكون سلمًا وهو بيع الدين بالعين، وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن، ومقايضةً وهو بيع العين، وبخيار ومنجزًا، ومؤجل الثمن، ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك. (الشلبى)

وقد صح عند أرباب السير أن النبى ﷺ اتجر لخديجة لكن قبل البعثة بخمسة عشر سنة، فإنه بعث على رأس الأربعين، وخرج تاجرًا إلى الشام لخديجة لما بلغ خمسًا وعشرين سنةً قبل أن يتزوجها بشهرين وخمسة وعشرين يومًا، وكان أبو بكر تاجرًا فى البز، وعمر فى الطعام، وعثمان فى البز والتمر، وعباس فى العطر، ومن هنا قال أصحابنا: أفضل الكسب بعد الجهاد التجارة، ثم الزراعة، ثم الصناعة، وعندى أن أفضلها الكتابة. (الشرح)

(٣) قوله: "بالتراضى" هذا التقييد غير مناسب؛ لأنه إن كان المراد تعريف مطلق البيع فهو غير جامع لخروج بيع المكره، وهو بيع وإن كان فاسدًا، وإن أريد به تعريف البيع الصحيح فهو غير مانع لدخول أكثر البياعات الفاسدة فيه، لكن فى الفتح أن التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى، بل هو شرط ثبوت حكمه شرعا، فاندفع الإشكال؛ لأنه ليس للاحتراز بل إشارة إلى حكم مستقل. (الكشف)

ويمكن أن يجاب أن المراد تعريف البيع النافذ الصحيح، فلا يرد ما أورده. (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "يلزم" إن قلت: أن اللزوم ليس بلازم للإيجاب والقبول، إذ قد يوجدان بدون اللزوم، كما فى بيع الذى فيه خيار الشرط أو الرؤية، قلت: المراد باللزوم هو الانعقاد، وهو عبارة عن إنضمام كلام أحد المتعاقدين إلى الآخر على وجه يظهر أثره فى المحل شرعًا. (محمد إعزاز على غفر له)

(٥) وهو ما يذكر أولا من كلام المتعاقدين؛ لأنه يثبت خير القبول للآخر.

كبعتُ واشتريت — أى يلزم أيضًا بتعاطٍ — وإن لم يذهب

وقبول[١] وُضعا[٢] للمضى، وبتعاطٍ[٣]، وأىٌّ[٤] قام عن المجلس

بعد إيجاب أحدهما — فلا يبقى للآخر ولاية القبول بعده

قبل القبول بطل الإيجاب، ولا بدّ[٥] من معرفة[٦] قدرٍ

لمصرى أو دمشقى — أى لا يشترط ذلك فى مشار إليه — البيع — بتشديد — ومؤجل بأجل معلوم

ووصف ثمن غير مشار لا مشار، وصح[٧] بثمن حالّ وبأجل

---

(١) وهو ما يذكر آخر من كلامهما أو ما يقوم مقامه من قبض المبيع، كما لو قال: بعتك هذا بدرهم فقبضه المشترى، ولم يقل شيئًا، والمعنى أنه ينعقد بمجموع الإيجاب والقبول، ولا بد أن يكون أحدهما يدل على إيجاب، كأعطيتك وجعلت لك هذا، وللآخر على القبول، كأخذت ورضيت وأجزت، ويشترط سماع المتعاقدين كلامهما. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وضعها" وإنما شرط الماضى فيهما لأن البيع إنشاء تصرف، والإنشاء يعرف بالشرع؛ لأن الواضع لم يضع له لفظا خاصا، والشرع يستعمل فيه اللفظ الذى وضع للإخبار عن الماضى، لأنه يستدعى سبق المخبر عنه ليكون الكلام صحيحًا، فكان الماضى أولى من غيره على تحقيق الوجود، فكان أنسب بالإنشاء المحصل للوجود. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وبتعاطٍ" أى وينعقد أيضًا بمعاطاة وهى ههنا إعطاء البائع المبيع للمشترى على وجه البيع والتمليك، وإعطاء المشترى الثمن للبائع كذلك بلا إيجاب وقبول، أطلقه فشمل ما إذا كان المبيع خسيسًا وهو ما يكون قيمته دون نصاب السرقة، أو نفيسًا وهو ما يكون قيمته مثل نصابها أو أكثر، وبه قال الخراسانيون، وقال الكرخى والعراقيون: ينعقد به فى الخسيس للعادة دون النفيس لعدمها.

وأجيب بأن جواز أصل البيع إنما هو باعتبار الرضا من الجانبين إلا أن الرضا لما كان باطنيًا أقيم الإيجاب والقبول مقامه لدلالتهما عليه، والتعاطى أدل عليه منهما؛ لأنهما قد يوجدان بغير رضاهما، أو أحدهما. (الشرح)

(٤) قوله: "وأى [أى واحد من المتعاقدين]" معناه إذا وجب أحدهما البيع، ثم قام أحدهما الموجب أو الآخر قبل القبول بطل الإيجاب لأن القيام دليل الإعراض للقابل. (عز) والرجوع والرجوع للموجب. (عز)، فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى؛ لأنه يمين من جهتها، والقبول شرط والأيمان لا تبطل بالقيام. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ولا بد" أى لا يصح البيع إلا بمعرفة قدر المبيع والثمن، ووصف الثمن إذا كان كل منهما غير مشار إليه، فغير محتاج إليهما؛ لأن التسليم والتسلم واجب بالعقد، فهذه الجهالة مفضية إلى المنازعة، فيمتنع التسليم والتسلّم، وكل جهالة هذه صفتها تمنع الجواز. (البحر)

(٦) أى قدر مبيع وثمن، أشار إلى أن الشرط العلم دون ذكرهما.

(٧) قوله: "وصح" أى ويصح البيع بثمن حال، وهو الأصل، ومؤجل بأجل معلوم، لإطلاق قوله تعالى: وأحّل البيع، ولما فى البخارى عن عائشة من أنه ﷺ اشترى طعامًا من يهودى إلى أجل

أى ومؤجل بأجل معلوم في بلد العقد لا بلد المتعاقدين قيمة وتساوت رواجًا للإفضاء إلى المنازعة
معلوم ومطلقة[١] على النقد الغالب، وإن اختلف النقود، فسد
أى من حيث الكيل أى ويباع أيضًا بإناء بعينه
إن لم يبين أحدها، ويباع[٢] الطعام كيلا وجزافا وبإناء[٣]
بالضم: ما جمع من الطعام بلا كيل أو وزن
أو حجر بعينه لم يدر قدره، ومن[٤] باع صبرة كل صاع[٥]

ورهنه درعا له من حديد، وفي لفظ "الصحيحين" طعامًا نسيئة، ولقوله عليه السلام: «من أسلف في ثمر فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم»، وعلى ذلك انعقد الإجماع. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ومطلقة [أي يكون مطلقًا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن قد سمى قدره]" أى ومطلق الثمن وهو الذى لم يقيد فى صلب العقد، أو فى المجلس بوصف، ولا ينعقد بلد نحو عشرة دراهم، يحمل على الأرواج، أى أغلب ما يتعامل به فى تلك البلد، سواء استوت مالية النقود أو اختلفت؛ لأن ما غلب التعامل به معلوم بالعرف، والمعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "ويباع" أى يجوز بيع الطعام كيلا كان البيع أو جزافًا -وهو بتثليث الجيم والضم أشهر، وهو المبيع بالحدس أو بالظن بلا كيل ولا وزن، وهو فارسى معرب، كزاف بالكاف العجمية- إذا باعه بخلاف جنسه، قال عليه الصلاة والسلام: إذا اختلف الجنسان فبيعوا كيف شئتم، رواه الستة إلا البخاري. (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: "وبإناء" أى إذا إذا باع شيئًا بوزن حجر معين، أو بكل إناء معين، ولا يدرى وزنهما جاز البيع؛ لأن هذه الجهالة لا تفضى إلى المنازعة؛ لأن البيع يوجب التسليم فى الحال، وهلاكه قبل التسليم نادر، وبه اندفع ما رواه الحسن من عدم الجواز للجهالة، وما فى الكتاب هو الأصح، ولا يرد عليه السلم؛ لأنه لا يجوز لما سيأتى فإنه لا بد من معرفة مقدار المسلم فيه؛ لأن التسليم لا يكون فيه بعد حلول الأجل، والهلاك قبله غير نادر، واحتمال الفساد فيه ملحق بحقيقته، ومطلقه وهو مقيد بما إذا لم يحتمل الحجر التفتت الإناء النقصان، كأن يكون من خشب أو حديد، فإن أحملهما لم يجز كالزنبيل والغرائز. (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "ومن" أى إذا باع أحد صبرة طعام، وقال: كل صاع من هذه الصبرة أبيعه بدرهم واحد مثلا، صح البيع فى صاع واحد، ويتوقف فى الباقى، وله الخيار لتفرق الصفقة، وكذا إذا كيل فى المجلس، أو سمى جملة القفزان؛ لأنه علم بذلك الآن، فله الخيار، كما إذا رآه ولم يكن رآه وقت البيع.

وقالا: يجوز فى الكل؛ لأن إزالة الجهالة بيدهما، وله أنه تعذر الصرف إلى الكل لجهالة المبيع والثمن، أما جهالة المبيع فلعدم بيان مقدار الصيعان، وأما جهالة الثمن فلأن معرفة مقداره فى هذه المسألة بناء على معرفة مقدار المبيع، فيصرف إلى الأقل، وهو معلوم، إلا أن تزول الجهالة فى المجلس بتسمية الكل أو بكيله، والجهالة وإن كانت إزالتها بيدهما لكنها فى صلب العقد، كما فى البيع بأى ثمن

البيع واحد (س م) مشار إليه يضره والقطع

بدرهم صح في صاع، ولو(١) باع ثلّة(٢) أو ثوبا كل

راجع إلى الثلة راجع إلى الثوب البيع وبه يفتى (د س م)

شاة أو ذراع بدرهم فسد في الكل، ولو سمّى(٣) الكل

البيع أي في المسائل الثلاث الموجود

صحّ في الكل، فلو(٤) نقص(٥) كيل(٦) أخذ بحصته أو فسخ،

الكيل في ما ذكرنا أي فالزائد للبائع وقد كان لم يقل: كل ذراع بكذا الموجود إن شاء

وإن زاد فللبائع، ولو(٧) نقص(٨) ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك،

شاء، فإنهما فاسدان لذا بالإنفاق مع أن إزالتها بيدهما. (محمد إعزاز على غفر له والكشف)

(٥) بدل من صبرة، أي باع كل صاع من صبرة بدرهم... إلخ.

(١) قوله: "ولو" أي إذا باع أحد ثلة، وقال: أبيع هذه الثلة وكل شاة بدرهم مثلا، أو قال: أبيع هذا الثوب كله وكل ذراع بدرهم مثلا، فسد البيع في الكل، وقالا: يجوز في الكل أيضًا لما تقدم، وله أن ينصرف إلى واحد لما قلنا إلا أن بيع شاة من قطيع أو ذراع من ثوب لا يجوز، للتفاوت المفضي إلى المنازعة، بخلاف بيع قفيز من صبرة لعدم التفاوت. (محمد إعزاز على غفر له والكشف)

(٢) بفتح الثاء المثلثة وتشديد اللام: جماعة الغنم.

(٣) قوله: "ولو سمّى [بأن قال: مائة شاة مثلا بمائة درهم بمائة ذراع بمائة]" يعني لو سمى جملة في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياه، ونحوه لزوال المانع، وكذا إذا سمى بعد العقد في المجلس لما ذكرنا، وهو يتأتى على قوله، وعلى قولهما لا يتأتى لجوازه بدونه. (الزيلعي)

(٤) متفرع على قوله وإن سمّى الكل.

(٥) قوله: "فلو نقص" يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بأن قال: بعتكها على أنها مائة قفيز بمائة درهم، ثم وجدها ناقصة أخذ الموجود بحصته... إلخ؛ لأنها من المقدرات، فيتعلق العقد بقدرها، وإن لم يسم قسط كل قفيز، فإذا تعلق بقدرها فإن وجدها ناقصة فله الخيار، إن شاء أخذها بحصتها، وإن شاء تركها لتفرق الصفقة عليه، وإن وجدها زائدة، فالزائد للبائع؛ لأنه لم يدخل في البيع إلا القدر المسمى، فبقي على ملكه إذ القدر ليس بوصف. (الزيلعي)

(٦) وقد كان قال: كل صاع بدرهم أو لم يقل.

(٧) قوله: "ولو" معناه إذا باع مذروعًا وسمى جملة الذرعان، ولم يسمّ لكل ذراع ثمنًا، ثم وجده ناقصا أخذه بكل الثمن، وإن شاء ترك إلى آخر ما ذكر؛ لأن الذراع وصف للمذروع، فلا ينقسم الثمن على الأوصاف، فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها، بخلاف الأول غير أنه إن وجده ناقصًا يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد، وإن وجده زائدًا فهو له بذلك الثمن؛ لأن الوصف لا يقابله شيء من الثمن، ولا خيار للبائع، كما إذا شرط معيبًا فوجده سليمًا وبالعكس، وهو

الذراع فى ما ذكرنا — أى فهو للمشترى — البائع

وإن زاد فللمشترى، ولا خيار للبائع، ولو قال[1]: كل ذراع

الذراع فى ما ذكرنا — إن شاء

بكذا ونقص، أخذ بحصته أو ترك، وإن زاد أخذ كله كل

من مائة ذراع

ذراع بكذا أو فسخ، وفسد بيع عشرة أذرع من دار

أى لا يفسد بيع عشرة أسهم من مائة سهم رجل — بكسر العين: أى حملا من الثياب — بعشرة دنانير، ولم يبين ثمن كل ثوب

لا[2] أسهم، وإن اشترى[3] عِدلا على أنه عشرة أثواب، فنقص،

ما إذا شرط سليمًا، فوجده معيبًا للمشترى الخيار، وقد ذكر المشايخ فى التفريق بين القدر وهو الأصل والوصف حدودًا، فقيل: ما يتعيب بالتبعيض والتشقيص، فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما لا يتعيب بهما فالزيادة والنقصان فيه أصل، وقيل: الوصف بوجوه وتأثير فى تقوم غيره ولعدمه تأثير فى نقصان غيره، والأصل لا يكون بهذه المثابة، فبهذا علم أن القدر فى المكيلات والموزونات أصل، والذرع فى المذروعات وصف. (الزيلعى)

(٨) فى ما إذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان.

(١) قوله: "ولو قال" معناه أنه إذا قال: بعتكه على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا، فوجده ناقصا، فهو بالخيار إن شاء أخذه بحصته وإن شاء تركه، وإن وجده زائدًا أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسخ؛ لأن الذراع وإن كان وصفًا يصلح أن يكون أصلا. (البحر)

ولأنه عين ينتفع به بانفراده، فإذا سمى لكل ذراع ثمنًا جعل أصلا، وإلا فهو وصف، فإذا صار أصلا فإن وجده ناقصًا أخذه بحصته يثبت به الخيار لتفرق الصفقة عليه، وإن وجده زائدًا فهو بالخيار أيضًا، إن شاء أخذه كله كل ذراع بدرهم، وإن شاء تركه؛ لأنه إن حصل له الزيادة فى المبيع تلزمه الزيادة فى الثمن، فكان فيه نفع يشوبه ضرر، فيخير، وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد؛ لأن التبعيض يضر البائع، بخلاف الصبرة؛ ألا ترى أنه لا يجوز أن يبيع بعض المذروع ابتداء فى الصبرة يجوز؛ لأن ذلك معلوم، ولما كان الذراع يصلح أن يكون أصلا فى حق انقسام الثمن على الذرعان وبقى وصفًا فى حق غيره من الأحكام، كدخول الفاضل فى المبيع وإن سمى لكل ذراع ثمنًا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "لا" أى لا يفسد بيع عشرة سهم من دار، وهذا مشكل، فإنه لو باع عشرة أسهم من دار وغيرها، ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد؛ لأنه مجهول لا تعرف نسبته إلى جميع الدار، بخلاف ما إذا قال: عشرة أسهم من مائة سهم، أو من ثلاثين مثلا حيث يجوز؛ لأنه معلوم عشرًا وثلث، ولعل الشيخ قصد هذا، ولكن إحجافه فى الاختصار أداه إليه، وقوله: وفسد بيع عشرة أذرع من دار هو قول أبى حنيفة رحمه الله، واختلف المشايخ على قولهما، فمنهم من قال: لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهمًا منها أو عشرة أسهم منها، ولم يقل: من كذا سهمًا، ومنهم من قال: يجوز؛ لأن هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع، فتعرف فلا تفضى إلى المنازعة، بخلاف ما لو اشترى سهمًا منها، أو عشرة أسهم، إذ لا يمكن رفع الجهالة فيه.

ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع، فسد عنده، وعندهما يجوز إذا كانت الدار مائة ذراع؛ لأنه

أو زاد فسد، ولو بين(١) ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره، وخير وإن زاد فسد، ومن(٢) اشترى ثوبًا على أنه عشرة أذرع

عشرة فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم، وله أن الذراع اسم لآلة يذرع بها، واستعير لما يحله الذراع، وهو معين إلا مشاع، ثم لا يعلم محلة من أى الجوانب هو على المتعينين، فلا يجوز كما لو باع أحد العبدين، بخلاف إذا باع عشرة أسهم من مائة سهم؛ لأنه شائع، فلا يفضى إلى المنازعة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وإن اشترى" يعنى إذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا، ولم يبين ثمن كل ثوب، ثم إذا وجده ناقصًا أو زائدًا فسد البيع لجهالة المبيع فى الزيادة؛ لأنه يحتاج إلى أن يرد الثوب الزائد، فيتنازعان فى المردود لجهالة الثمن فى فصل النقصان؛ لأنه يحتاج إلى أن يسقط حصة ثمن المعدوم، وهو مجهول فيؤدى إلى النزاع. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولو بيّن" لأنه إذا قال: كل ثوب بكذا، فلا جهالة مع النقصان، ولكن للمشترى الخيار لتفرق الصفقة عليه، ولم يجز فى الزيادة؛ لأن جهالة المبيع لا ترتفع به لوقوع المنازعة فى تعيين العشرة المبيعة من الأحد عشر. (البحر)

(٢) قوله: "ومن اشترى" معناه إذا اشترى ثوبًا واحدًا على أنه عشرة أذرع بدرهم، فإذا هو عشرة ونصف، أو تسعة ونصف، يأخذه فى الوجه الأول بعشرة من غير خيار، وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة إن شاء، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: يأخذه فى الأول بأحد عشر، والثانى يأخذه بعشرة، ويخير فى الوجهين، وقال محمد رحمه الله: يأخذه فى الأول بعشرة ونصف، وفى الوجه الثانى بعشرة إلا نصفا، ويخير فيهما؛ لأنه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر، ومن ضرورة مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف، كالمكيل، وإنما يخير لأنه فى الوجه الأول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع، وفى الوجه الثانى انتقص الثوب عما شرط، فيخير كيلا يتضرر.

ولأبى يوسف إنما لما قابل كل ذراع بدرهم، فإذا وجده ناقصًا لا يسقط شىء؛ لما ذكرنا أنه وصف، وتغير الأوصاف لا يوجب سقوط شىء من الثمن، ثم يخير فيهما؛ لأنه ازداد الثمن عليه فيما إذا وجده زائدًا، وانتقص المبيع فى الآخر، فلم يتم رضاه به.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الذراع فيه وصف فى الأصل، وإنما أخذ حكم المقدار بالشرط، وهو مقيد بالذراع، وبكونه مقابلا بالدراهم، فعند عدمها عاد الحكم إلى الأصل، ثم لا يخير فى فصل الزيادة؛ لأنه مخالفة إلى خير، وفى النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه.

قيل: هذا الاختلاف فى ثياب يضرها القطع، أو تتفاوت جوانبها كالعمائم والقمصان والأقبية، وأما الثياب التى لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها فلا تسلم له الزيادة؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون، وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة، إذ لا يضره التبعيض. (الزيلعى)

للمشترى

كل ذراع بدرهم أخذه بعشـرة فى عشرة ونصف[١] بلا خيار،

أى ويأخذه دراهم

وبتسعة فى تسعة ونصف بخيار.

فى ما يدخل تحت البيع بلا ذكر فيما لا يدخل وغيرهما

فصل[٢]

جمع مفتاح المتصلة بإغلاقها

يدخل[٣] البناء والمفاتيح فى بيع الدار والـشـجـر[٤] فى بيع

راجع للمسألتين

الأرض بـلا ذكـــــر، ولا[٥] يـدخل الـزرع فـى بيـع الأرض

ولا يدخل فى الصورتين

بلاتسمـية، ولا الثمر[٦] فى بيع الشجـر إلا بالشرط، ويقال[٧]

---

(١) أى فى كونه وجد عشرة أذرع ونصف ذراع، فيسلّم له نصف الذراع مجانًا.

(٢) قوله: "فصل" لما ذكرنا قبل هذا ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد مع لواحقهما شرع يبين فى هذا الفصل ما يدخل تحت البيع من غير ذكر، وما لا يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك. (الشلبى)

(٣) قوله: "يدخل" أى إذا اشترى أحد دارًا ولم يذكر شراء بناءها أو مفاتيح إغلاقها فالبناء والمفاتيح يدخلان فى البيع، وإن لم يذكر المتعاقدان، أما الأول فلأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء عرفا، ولأنه متصل به اتصال قرار، فيكون تبعًا له.

فإن قلت: فعلى هذا يلزم أن لا يحنث فى ما إذا حلف لا يدخل هذه الدار، فدخلها بعد هدم البناء على هذا التقدير، قلت: إنما يحنث فيه لأن البناء وصف، والوصف فى المشار إليه لغو، فكأنه حلف على ترك الدخول فى هذا المكان، وأما الثانى فلأن الغلق يدخل بلا ذكر لتركبها فيها للبقاء، والمفتاح بمنزلة بعض منه؛ لأنه لا ينتفع به بدونه (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "والشجر" أى يدخل الشجر فى بيع الأرض لكونه متصلا بها للقرار، فيدخل تبعًا، أطلقه فشمل الشجرة المثمرة والصغيرة والكبيرة إلا اليابسة، فإنها على شرف القطع، فهى كالحطب الموضوع، والأصل أن ما كان فى الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبعًا لها فهو داخل فى بيعها، وقوله بلا ذكر يتعلق بقوله: يدخل فى المسألتين، أى بلا ذكر هذه الأشياء فى البيع. (العينى والبحر)

(٥) قوله: "ولا" لأنه متصل بالأرض للفصل فشابه المتاع الذى هو فيها، ولا يرد حمل المبيع لأن المراد فصل الآدمى، والحمل بفضل الله تعالى، ولأنه كالجزء للمجانسة بخلاف الذراع، أطلق فشمل ما إذا نبت أولا، اختاره فى "الهداية"؛ لأنه مودع فيها. (البحر)

(٦) قوله: "ولا الثمر" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من اشترى أرضًا فيها نخل فالثمرة للبائع إلا

أى اقطع الزرع والثمرة المراد به الأرض والشجر (ف) — أى لو ما يدب

للبائع: اقطعها وسلم المبيع، ومن باع ثمرة، بدا[1] صلاحها أولا، صح[2] (د م ف) البيع، ويقطعها[3] (جبراً) المشترى فى الحال، وإن شرط

أن يشترط المبتاع»، رواه الإمام محمد فى شفعة "الأصل"، غريب بهذا اللفظ، وأخرجه الأئمة الستة بلفظ: ومن باع نخلا مؤبّرًا فالثمرة للبائع إلا أن يشترط المبتاع؛ ولأنها متصلة للقطع فشابه الزرع. (الكشف)

(٧) قوله: "ويقال" لأن ملك المشترى مشغول بملك البائع، فعليه تفريغه، كما إذا كان فيه متاع، وقال الشافعى بتركه حتى يظهر صلاح التمر، ويستحصد الزرع. (الكشف)

(١) أى ظهر صلاحها وهو الأمن من الفساد عندنا، وظهور النُضج والحلاوة عند الشافعى.

(٢) قوله: "صح" وإنما صح مطلقًا لأنه مال متقوم، أما لكونه منتفعًا به فى الحال أو فى المآل، وقيل: لا يجوز قبل بدو الصلاح، والأول أصح.

وقوله: ثمرة أى ظاهرة قيدنا به لأن بيعها قبل الظهور لا يصح اتفاقًا، وقبل بدو الصلاح بشرط القطع فى المنقطع به صحيح اتفاقًا، وقبل بدوّ الصلاح بعد الظهور بشرط الترك غير صحيح اتفاقًا، وبعد بدو الصلاح صحيح اتفاقًا، وبعد ما تناهت صحيح اتفاقًا إذا أطلق، وأما بشرط الترك ففيه اختلاف، فصار محل الخلاف البيع بعد الظهور قبل بدو الصلاح مطلقًا، أى لا بشرط القطع لا بشرط الترك، فعند الأئمة الثلاثة لا يجوز، وعندنا يجوز، وقد أخرج الأئمة الستة قوله عليه الصلاة والسلام: من اشترى نخلا قد أبرت فثمرته للبائع إلا أن يشترط المبتاع، فلم يقيده ببدو الصلاح، وأما ما فى "الصحيحين": أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها، وهم قد حركوا ظاهره حيث أجازوا البيع قبل بدو الصلاح بشرط القطع، فقد اتفقنا على أنه متروك الظاهر بدليل تعليله بقوله عليه الصلاة والسلام: أرأيت إن منع الله ثمره بم يستحل أحدكم مال أخيه، وذلك أنه علل عليه الصلاة والسلام النهى باحتمال فقد الثمرة المنافى لتسليم المبيع المحلل للثمن، وهذه المنافاة إنما تتحقق فيما إذا باعها صالحةً قبل بدو الصلاح، أما إذا باعها ولم يشترط بدو الصلاح كما قلنا به، فلا منافاة؛ لأنه يسلمها للحال، ويقال للمشترى: اقطعهما فى الحال، وحينئذٍ لا يطرق لاحتمال المذكور، كما فى سائر البياعات.

وهذا يستلزم أن يكون معناه نهى عن بيعها صالحة قبل بدو الصلاح، وعلى هذا فكلمة حتى غاية البيع لا للنهى، فالنهى متوجه إلى البيع المغيا ببدو الصلاح، وهذا لا يكون إلا بشرط الترك إلى بدو الصلاح.

وكذا ما أخرجه أبو داود والترمذى وابن ماجه من أنه ﷺ نهى عن بيع العنب حتى يسود، ومعلوم أنه قبل السواد يكون حصرمًا كزبرج التمر قبل النضج، فعلم منه على القطع أن معناه نهى عن بيع العنب عنبًا قبل أن يصير عنبًا، وهذا إنما يكون بشرط الترك إلى بدوّ الصلاح، ونحن نقول: بفساد هذا البيع فقد قضينا عهدة هذا النهى، وبقى بيعها مطلقًا غير متناول للنهى بوجه من الوجوه، بقى حديث التأبير سالـمًا عن المعارض. (الكشف)

البيع؛ لأنه شرط يقتضيه العقد من الثمرة المبيعة
تركها على النخل فسد، ولو استثنى منها أرطالا معلومة
في ظاهر الرواية أى كما يصح بيع بر ف أى وكما يصح بيع باقلاء الأخضر إذا بيع مكايلة
صح[1]، كبيع[2] بر فى سنبله، وباقلاء فى قشره، وأجرة الكيل
لأن التسليم واجب عليه
على البائع، وأجرة نقد الثمن ووزنه على المشترى[3] ومن باع
ف أى وإن لم يكن بيع سلعة بثمن
سلعة بثمن سلّمه[4] أولا، وإلا[5] معا.

---

(٣) وأجرة القطع على المشترى وتسليم الثمرة بالتخلية.

(١) قوله: "صح" أى لو استثنى من الثمار البيعة المجذوذة، أو غير المجذوذة جاز البيع؛ لأن ما جاز إيراد العقد عليه بانفراده صح استثناءه منه، وبيع قفيز من صبرة جائز، فكذا استثناءه، بخلاف استثناء الحمل من الجارية الحامل أو الشاة وأطراف الحيوان فإنه غير جائز، فكذا كما إذا باع هذه الشاة إلا إليها أو هذا العبد إلا يده. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "كبيع" أى كما يجوز بيع البر فى سنبلة، والباقى فى قشره خلافًا للشافعى، لنا أنه عليه الصلاة والسلام رواه الستة إلا البخارى: «نهى عن بيع السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» - وحكم ما بعد الغاية يخالف ما قبلها، فاقتضى الجواز بعد وجود الغاية- ولأنه حب منتفع به، فيجوز بيعه فى سنبله، كالشعير بجامع أنه مال متقوم. (الزيلعى والكشف)

(٣) قوله: "على المشترى" أما النقد فلأن الواجب على المشترى تسليم الجيد، هذا على رواية ابن سماعة عن محمد، وأما على رواية ابن رستم عنه فعلى البائع؛ لأن النقد يكون بعد التسليم، والبائع هو المحتاج إليه، يخير ما تعلق به حقه من غيره، أو ليعرف المعيب ليرده، وأما الوزن فلأنه هو المحتاج إلى التسليم. (الكشف)

(٤) قوله: "سلمه" أى سلم الثمن أولا؛ لأن العقد يقتضى المساواة، وحق المشترى قد تعين فى المبيع، فيسلم هو الثمن أولا ليتعين حق البائع فيه، كما تعين حقه فى المبيع، إذ الثمن لا يتعين إلا بالقبض، وصورة هذا أن يقال للبائع: أحضر المبيع ليعلم أنه قائم، فإذا أحضر قيل للمشترى: سلّم الثمن أولا لما ذكرنا، وإن كان المبيع غائبًا فللمشترى أن يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وإلا" أى إن لم يكن سلعة بثمن سلمًا معًا، لاستواءهما فى التعيين، أو فى عدم التعيين، وذلك لأنه إما بثمن أو سلعة بسلعة، فالأول كلاهما غير متعين، والثانى متعين. (الزيلعى)

من إضافة الشيء إلى سببه ؛ لأن الشرط سبب للخيار

باب[1] خيار الشرط

ولو بعد العقد بالإجماع كليهما (ف ز) في مبيع كله أو بعضه من ثلاثة أيام

صح[2] للمتبايعين، ولأحدهما ثلاثة أيام أو أقل، ولو[3]

أي لو شرط أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز أي من له الخيار ذلك وتمّ العقد (ز و ف) شخص شيئًا

أكثر لا، فإذا[4] أجازا في الثلث[5] صح، ولو باع على

---

(١) قوله: "باب" البيع على نوعين لازم وغير لازم، ولما فرغ عن بيان اللازم شرع في بيان غير اللازم، وهو ما فيه خيار شرط أو رؤية أو عيب، ووجه تقديم خيار الشرط كونه أعم من غيره، فإنه يجري في غير البيع أيضًا، كالإجارة والإبراء والكفالة. (محمد إعزاز علي غفر له)

(٢) قوله: "صح" أي جاز خيار الشرط لهما جملة، أو لأحدهما ثلاثة أيام فما دونه، والقياس أن لا يصح لما فيه من الغرر، والظاهر نهيه عليه السلام عن بيع وشرط إلا أن النص ورد به، وهو ما رواه ابن ماجه في سننه ابن حبان -بفتح المهملة وتشديد الموحدة- بن منقذ بن عمرو كان رجلا قد أصابته آمة -شجة تصيب أم الرس- في رأسه فكسرت لسانه وكان لا يدع على ذلك التجارة، فكان لا يزال الغبن، فأتى النبي ﷺ فذكر له ذلك، فقال: إذا أنت بايعت فقل: لا خلابة -أي لا خداع مني في العدول عن البيت إلى الخيار بل القصد إلى التردي- . (حاشية الكشف)

ثم أنت في كل ساعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال، فإذا رضيت فأمسكها، فإن سخطت فارددها على صاحبها. (شرح النقاية مع تغيّر والزيلعي)

(٣) قوله: "ولو" أي لا يصح خيار الشرط أكثر من ثلاثة أيام، وهذا عند أبي حنيفة وهو قول زفر والشافعي، وقال مالك: مدة الخيار، ويمكن اختيار المبيع ومثله، ويختلف باختلاف الأشياء، فإن كان المبيع مما لا يبقى أكثر من يوم كالفاكهة لم يجز فيه أن يشترط أكثر من يوم، وإن كان فيه صفة لا يمكن الوقف عليها في ثلاثة أيام يجوز أن يشترط فيه أكثر من ثلاثة أيام؛ لأنه شرع للحاجة إلى التأمل، وهي تندفع بذلك، وقال أبو يوسف ومحمد وأحمد: يصح وأكثر من ثلاثة أيام إذا كان مدة معلومة، كالتأجيل في الثمن شراء طالت أو قصرت، ولحديث ابن عمر أنه أجاز الخيار إلى شهرين.

ولأبي حنيفة أن شرط الخيار يثبت بالحديث على خلاف القياس، فلا يزاد على المدة المذكورة فيه، وذلك أن التقدير الشرعي إما أن يمنع النقصان والزيادة، كما في الحدود، أو يمنع أحدهما كأقل الحيض وأكثره، وهو ههنا لا يمنع النقصان بالإجماع، فيمنع الزيادة وإلا لم يكن له فائدة؛ ولأنه ﷺ ضرب الثلث لمن كان فيه غاية ضعف المعرفة ولم يزده عليها. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "فإذا" أي البيع بشرط الخيار إذا كان أكثر من ثلاثة أيام يجوز، إن أجازه من له الخيار في الثلاثة، وقال الشافعي وزفر: لا يجوز؛ لأن البيع انعقد فاسدًا لفساد الشرط الثابت فيه، فلا ينقلب صحيحًا بإسقاطه، كما باع درهمًا بدرهمين، ثم أسقط الدرهم الزائد، وكما لو نكح امرأة وتحته أربع نسوة، ثم طلق الرابعة، ولأبي حنيفة أنه بإجازة في الثلاثة أسقط المفسد قبل تقرره، فصار كما لو باع جذعًا في سقف، ثم نزعه وسلمه. (شرح النقاية)

أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع صح، وإلى أربعة[١] لا[٢]، فإن[٣] نقد فى الثلث صح[٤]، وخيار البائع يمنع[٥] خروج المبيع عن ملكه، ويقبض[٦] المشترى يهلك بالقيمة، وخيار المشترى لا يمنع[٧] ولا يملكه[٨]، وبقبضه[٩] يهلك بالثمن

(أي المشترى، بيننا، البيع استحسانًا، أي المشترى الثمن، أي فى ثلاثة أيام يعنى فى قوم جميعًا، أي البدل ليتم للثانى (د ح س)، المشترى، الباء سببية، يعنى يلزمه الثمن)

(٥) أى فى ثلاثة أيام بعد ما كان شرط أكثر منها.

(١) ولو باع على أنه إن لم ينقد الثمن إلى أربعة أيام لا يصح البيع.

(٢) قوله: "لا" أى لا يصح يعنى عندهما، وقال محمد: يجوز إلى ما سمياه، والأصل فيه أن هذا معنى اشتراط الخيار إذ الحاجة مست إلى الانفساخ عند عدم النقد تحرّزًا عن المماطلة فى الفسخ، فيكون ملحقًا به، فالإمام رحمه الله تعالى مرّ على أصله فى الملحق به، ونفى الزيادة على الثلاثة، وكذا محمد فى تجويز الزيادة، وأبو يوسف أخذ فى الأصل بالأثر، وفى هذا بالقياس، وفى هذه المسألة قياس آخر، وإليه مال زفر، وهو أنه بيع بشرط شرط وفيه قالة فاسدة لتعلقها بالشرط، واشتراط الصحيح منها فيه مفسد، فاشتراط الفاسد أولى، وجه الاستحسان ما بينا، كذا فى "الهداية"، وما ذكره من أن أبا يوسف مع الإمام قوله الأول، وقد رجع عنه، والذى رجع إليه أنه مع محمد، كذا فى "غاية البيان". (البحر)

(٣) تفريع على قوله: وإلى أربعة لا.

(٤) قوله: "صح" يعنى فيما إذا شرطا أكثر من ثلاثة أيام، وإنما صح زوال المفسد. (الزيلعى)

(٥) قوله: "يمنع" لأن تمام هذا السبب بالمراضاة، فلا يتم مع الخيار، فينفذ عتق البائع، ولا يملك المشترى التصرف فيه، وإن قبضه بإذن البائع ودل كلامه على أن خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه للعلة المذكورة، وأن الخيار إذا كان لهما لم يخرج المبيع عن ملك البائع ولا الثمن عن ملك المشترى. (البحر)

(٦) قوله: "ويقبض [المبيع الذى فى خيار البائع، إذا هلك فى يده فى مدة الخيار]" يعنى إذا قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار، فإن المشترى يضمن قيمته؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك؛ لأنه كان موقوفًا، ولا نفاذ بدون المحل، وكان مقبوضًا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة، ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع، ولا شيء للبائع على المشترى، كما فى البيع الصحيح. (الزيلعى)

(٧) قوله: "لا يمنع" أى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع، فيخرج عن ملكه للزومه من جهة من لا خيار له، فلو أعتقه البائع لم يصح إعتاقه، ولو كان البائع حلف، وقال: إن بعته فهو حر، فباعه بخيار للمشترى لم يعتق لخروجه عن ملكه، ولو باعه بخيار له عتق. (البحر)

بأن كانت أمة الرجل أى بالخيار له

كتعيّبه(١)، فلو(٢) اشترى زوجته بالخيار بقى النكاح،

أى زوجة التى كانت مملوكة الغير و البيع

فإن(٣) وطئها له أن يردها، ولو أجاز من له الخيار بغيبة

ما أجازه أى بموت من له الخيار، ولا ينتقل إلى الورثة س ك ف

صاحبه(٤) صح، ولو فسخ لا(٥)، وتم(٦) العقد بموته، وبمضى

(٨) قوله: "ولا يملكه" وهذا عند أبى حنيفة، وقال أبو يوسف ومحمد: يملكه، وهو قول مالك وأحمد والشافعى؛ لأنه لو لم يملكه لكان خارجًا من ملك لا إلى مالك، ولم يعرف هذا بالشرع، ولأبى حنيفة أن الثمن لم يخرج عن ملك المشترى؛ لأن الخيار يعمل فى حق من هو له، فلو دخل المبيع فى ملكه لدخل بلا عوض، ولاجتمع فى ملكه العوض ومعوضه، ولم يعرف هذا فى الشرع، وعرف فيه الخروج عن ملك شخص لا إلى مالك فى صور منها ما إذا اشترى متولى أمر الكعبة عبدًا لخدمتها، فإنه يخرج عن ملك مالكه، ولا يدخل فى ملك أحد، ومنها مال التركة إذا استغرقه الدين، فإنه يخرج عن ملك الميت، ولا يدخل فى ملك الورثة، ولا الغرماء، ومنها الوقف. (شرح النقاية)

(٩) قوله: "ويقبضه" أى إذا كان الخيار للمشترى، وقبض المبيع، وهلك فى يده، فإنه يهلك بثمنه، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع، والفرق أنه إذا دخله عيب يمتنع الرد والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب، فيهلك، والعقد قد انبرم فيلزمه الثمن بخلاف ما إذا كان للبائع؛ لأن دخول العيب لا يمتنع الرد حكما بخيار البائع، فيهلك والعقد موقوف، وفى "السراج الوهاج": والفرق بين الثمن ما تراضى عليه المتعاقدان، سواء زاد على القيمة، أو نقص والقيمة ما قوم به الشيء بمنزلة المعيار من غير زيادة ولا نقصان. (البحر)

(١) قوله: "كتعيبه [أى كما يلزمه الثمن إذا دخله عيب لا يرتفع كقطع اليد، وإن كان يرفع كالمرض فهو على خياره، فإذا ارتفع فى المدة لا يلزمه وإلا لزمه. (العينى)]" يعنى إذا تعيب فى يد المشترى والخيار له، فإنه يلزمه الثمن؛ لأنه صار بذلك ممسكا ببعضه، فلو رده كتفرقت الصفقة على البائع قبل الإتمام، وهذا لا يجوز فلزم البيع وسقط الخيار. (البحر)

(٢) قوله: "فلو" هذا مفرع على أنه لا يدخل فى ملك المشترى، فلذا لم يبطل النكاح قبل نفاذ البيع، وإذا سقط الخيار بطل للتنافى، وعندهما انفسخ لدخولها فى ملك الزوج، فإذا فسخ المشترى البيع رجعت إلى مولاها بلا نكاح عليها عندهما، وعنده تستمر زوجته، كذا فى "فتح القدير". (البحر)

(٣) قوله: "فإن" أى فإن وطئ المشترى الأمة المذكورة فله أن يردها إن شاء؛ لأن الوطء بحكم ملك النكاح لبقاءه لا بحكم ملك اليمين لعدمه، وعندهما ليس له أن يردها مطلقًا، لما قدمناه أطلقه، وهو مقيد بما إذا لم تكن بكرًا، إذ لو كانت بكرًا، أو نقصها الوطء امتنع الرد، وظاهره أنه لو نقصها وهى يثيب، فالحكم كذلك، وقيد بزوجته لأنه لو اشترى غير زوجته بخيار له، فوطئها امتنع الرد مطلقًا، أى وإن لم ينقصها وسقط الخيار. (البحر بحذف)

(٤) وهو البائع إن كان الخيار للمشترى، والمشترى إن كان الخيار للبائع. (العينى)

أى مدة الخيار بأن أعتق العبد كالتدبير والكتابة
المدة والإعتاق، وتوابعـــه، والأخذ بشُفعة، ولو شرط المشترى
أى لغير العاقد الشرط من المشترى وممن شرط له الخيار البيع
الخيار لغيره(١) صح(٢)، وأيـــهـــما(٣) أجاز أو نقض صحّ، فإن

---

(٥) قوله: "لا [أى لا يصح البيع بغيبة صاحبه]" أى لا يصح فى غيبة صاحبه، وهذا عندهما، وقال أبو يوسف يجوز الفسخ أيضًا؛ لأنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه، فلا يتوقف على علمه كالإجارة، ولهذا لا يشترط رضاه، فصار كالوكيل، ولهما أنه تصرف فى حق الغير، وهو العقد بالرفع، ولا يعرى عن المضرة؛ لأنه عساه يعتمد تمام البيع السابق، فيتصرف فيه، فيلزمه غرامة القيمة بالهلاك فيما إذا كان الخيار للبائع، أو لا يطلب السلعة مشتريًا، فما إذا كان الخيار للمشترى، وهذا نوع ضرر، فيتوقف على علمه، وصار كعزل الوكيل، بخلاف الإجازة؛ لأنه لا إلزامه فيه.

ولا يقال: أنه مسلط، وكيف يقال ذلك وصاحبه لا يملك الفسخ، ولا تسليط فى غير ما يملكه المسلط، والمراد بالغيبة عدم علمه، وبالحضرة علمه، فلو فسخ فى غيبته فبلغه فى المدة تم الفسخ لحصول العلم به، ولو بلغه بعد مضى المدة، تمّ العقد بمضى المدة قبل الفسخ. (البحر بحذف)

(٦) قوله: "وتمّ" أى تحصل الإجازة بواحد مما ذكر، وهو كلام موهم موقع فى الغلط، فإن فى بعضها يكون إجازة، سواء كان الخيار للبائع أو للمشترى، وفى بعضها إنما يكون إجازة إذا كان من المشترى، وأما من البائع ففسخ، أما الموت فإنه مبطل لخيار الميت، سواء كان بائعًا أو مشتريًا، ولا يورث عندنا كخيار الرؤية؛ لأنه ليس إلا مشيئة وإرادةً، ولا يتصور انتقاله، والإرث فيما يقبل الانتقال لا فيما لا يقبله، كملك المنكوحة والعقود التى عقدها المورث لا تنقل، وإنما ملك الوارث الإقالة لانتقال الملك إليه، ولذا ملكها المؤكل، وإن لم يكن عاقدًا، ولا يرد عليها خيار العيب، فإنه موروث لكون المورث استحق المبيع سليما، فكذا الوارث، ففى التحقيق المورث العين بصفة السلامة من العيوب، فأما فى نفس الخيار فلا يورث.

وأما مضى المدة فمبطل للخيار، سواء كان للبائع أو للمشترى إذ لم يثبت الخيار إلا فيها، فلا بقاء له بعدها، كالمخيرة فى وقت مقدر، وأما الإعتاق وتوابعه وهى التدبير والكتابة فإنما يتم به إذا كان الخيار للمشترى، وفعلها أما إذا كان للبائع وفعلها كان فسخًا.

وأما الأخذ بشفعة فصورته: أن يشترى دارًا بشرط الخيار، ثم ابتاع دارًا أخرى بجنبها، فيأخذها المشترى الخيار بالشفعة؛ لأنه لا يكون إلا بالملك، فكان دليل الإجازة، فتضمن سقوط الخيار، ولو قال المؤلف: وطلب الشفعة بها الأخذ لكان أولى؛ لأن طلبها مسقط، وإن لم يأخذها وقيد بخيار الشرط؛ لأن طلبها لا يسقط خيار الرؤية والعيب. (البحر ملخّصًا)

(١) قوله: "لغيره" ولو قال المصنف: ولو شرط أحد المتعاقدين الخيار لأجنبى صح لكان أولى ليشمل ما إذا كان الشارط البائع أو المشترى، وليخرج اشتراط أحدهما للآخر، فإن قوله لغيره صادق بالبائع، وليس بمراد قيد بخيار الشرط؛ لأن خيار العيب والرؤية لا يثبت لغير العاقدين. (البحر بحذف)

(٢) كأنه شرط الخير لنفسه وجعل الغير نائبًا عنه.

بما فعل لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه غيره

أجاز أحدهما[١] ونقض الآخر، فالأسبق أحق، وإن[٢] كانا[٣]

أي فالفسخ أحق عن الإجازة — شخص

معا فالفسخ، ولو[٤] باع عبدين على أنه بالخيار فى أحدهما إن

العبد الذي فيه الخيار — البيع للمشترى — د ف — فى القيمة لا فى المثليات وهى الثلاثة أو الاثنان

فصل وعين صح وإلا لا[٥]، وصح خيار التعيين[٦] فيما دون

---

(٣) قوله: "وأيهما" أى أجاز المشترى أو من شرط به الخيار أو نقضه جاز لملك كل منهما كلا منهما. (الزيلعى والكشف)

(١) أى أحد الاثنين وما من شرط الخيار من المتعاقدين والغير هو الأجنبى.

(٢) قوله: "وإن" أى لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر، وخرج الكلامان منهما معًا كان الفسخ أولى من الإجازة من أيهما كان؛ لأنه أقوى؛ لأن المجاز يلحقه الفسخ، والمفسوخ لا تلحقه الإجازة. (الزيلعى والكشف)

(٣) أى اللفظان المذكوران وهما الإجازة والفسخ.

(٤) قوله: "ولو" شروع فى بيان ما إذا كان المبيع متعددًا، وحاصلها أنها باغية، فالصحة فى واحدة وهو ما إذا فصل ثمن كل منهما وعين من فيه الخيار منهما؛ لأن المبيع معلوم، والثمن معلوم، وقبول العقد فى الذى فيه اليسار، وإن كان شرطا لانعقاده فى الآخر، ولكن هذا غير مفسد للعقد لكونه محلا للبيع، كما إذا جمع بين قن ومدبر، والفساد فى ثلاثة الأولى إذا لم يفصل الثمن، ولم يعين محل الخيار لجهالتهما، الثانية فصل ولم يعين محله لجهالة المبيع، والثالثة عين محله، ولم يفصل الثمن لجهالة الثمن، والأصل فيه أن الذى فيه الخيار، كالخارج عن العقد مع الخيار لا ينعقد فى حق الحكم، فبقى الداخل فيه أحدهما، وهو غير معلوم، وإنما جاز البيع فى القن إذا ضم إلى مدبّر، أو مكاتب أداء ولد وبيعًا صفقة، وإن لم يفصل الثمن على الأصح؛ لأن المانع من حكم العقد فيما نحن مقابران للعقد لفظا ومعنى، فأثر الفساد، وفيما ذكر المانع مقارن لا لفظًا لدخولهم فى البيع حتى لو قضى به قاض يجوز لكن لم يثبت الحكم لحق محترم واجب الصيانة، فأثر الفساد، كذا فى المعراج، وفى ضم أم الولد والمكاتب إلى المدبر فى جواز القضاء ببيعه نظر، فان الصحيح أن ينفذ فى المدبر فقط. (البحر)

(٥) أى وإن لم يعين ولم يفصل، أو عين فقط أو فصل لا يصح.

(٦) قوله: "خيار التعيين" وهو أن يبيع أحد العبدين أو الثلاثة أو أحد الثوبين أو الثلاثة على أن يأخذ المشترى واحدا، والقياس الفساد كالأربعة لجهالة المبيع، وهو قول زفر، وجه الاستحسان أن الشرع أجاز للحاجة إلى دفع الغبن ليختار ما هو الأرفق والأوفق، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة؛ لأنه يحتاج إلى اختيار من يثق به، أو اختيار من يشتريه لأجله، ولا يمكنه البائع من الحمل إليه إلا بالبيع، فكان فى معنى ما ورد به الشرع، غير أن هذه تندفع بالثلاث لوجود الجيد والوسط والردئ فيها، والجهالة لا تفضى إلى المنازعة فى الثلاثة لتعيين من له الخيار، وكذا فى الأربعة إلا أن الحاجة إليها

د م ك / بالبيع بأن أسقط خياره / أي اثنان عبداً مثلا
الأربعةِ، ولو(١) اشتريا على أنهما بالخيار، فرضِي أحدهما لا
بيوچ / رجل / نان پز
يرده الآخر، ولو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب، فكان
إن شاء لأن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن
بخلافه أخذه بكل الثمن، أو تركه(٢).

غير متحققة، والرخصة ثبوتها لا لحاجة، وكون الجهالة موجودة غير مفضية إلى المنازعة، فلا يثبت بأحدهما.

وقيدوا صورة خيار التعيين بأن يقول: على أن تأخذ أيهما شئت؛ لأنه لو لم يذكر هذه الزيادة، وقال: بعتك هذين العبدين، فقيل يكون فاسداً لجهالة المبيع، ولم يذكر المصنف خيار الشرط مع خيار التعيين الاختلاف، فقيل يشترط أن يكون فيه خيار الشرط مع خيار التعيين، وقيل لا. (البحر)

(١) قوله: "ولو" يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما، ليس لأحدهما أن يرد نصيبه إذا أجاز الآخر، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: له أن يرده -وعز هذا الخلاف خيار الرؤية، وخيار العيب لهما أن إثبات الخيار لهما إثباته لكل واحد منهما؛ لأنه شرع لدفع الغبن، ولكل واحد منهما محتاج إلى دفعه عن نفسه، فلو بطل هذا بإبطال الآخر خياره لم يحصل مقصوداً، ويلحقه به ضرر.

وله: أن المشروط خيارهما لا خيار كل واحد منهما على انفراده، فلا ينفرد أحدهما بالرد، ولأن حق الرد يثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع، وفي رد أحدهما نصيبه إضرار بالبائع، إذ المبيع خرج عن ملكه غير متعيب بعيب الشركة، فلو رده أحدهما معيبًا بها، إذ هي عيب في الأعيان، لكونه لا يتمكن من الانتفاع به إلا بطريق المهايأة، وليس من ضرورة إثبات الخيار لهما الرضاء برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد.

وقوله: يلحقه به ضرر، قلنا: هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن إيجاد شرط الرد، وهو مساعدة صاحبه إياه على الرد، والبائع يتضرر بتصرف الراد، فكانت رعاية جانب البائع أولى، ولا يقال: البائع رضي بالتبعيض بالبيع لهما؛ لأنا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما لا في ملك نفسه، فلا يدل على الرضا به في ملكه، ألا ترى أن المشتري لو زوج الأمة المشتراة، ثم وجد بها عيبًا ليس أن يردها على البائع لحديث العيب عنده، وهو التزويج، وإن حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا.

فإن قيل: هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض، والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد، قلنا: هذا عيب حدث بفعل المشتري، وهو يمنع الرد، وإن حدث في يد البائع. (الزيلعي)

باب[١] خيار الرؤية

أى صحيح / أى يرد الشيء الذى اشتراه ولم يرَه / يتصل بما قبله

شراء ما لم يرَه جائز[٢] وله[٣] أن يرده إذا رآه، وإن رضى

أى قبل أن يراه / أى لا خيار لبائع ما لم يرَه (ح و) / خيار الرؤية

قبله[٤]، ولا[٥] خيار لمن باع ما لم يره، ويبطل[٦] بما يبطل به

---

(٢) لأن فوات الوصف المرغوب يوجب التخيير؛ لأنه ما رضى دونه.

(١) قوله: "باب" قدمه على خيار العيب؛ لأنه يمنع تمام الحكم، وذلك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام، والإضافة من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه؛ لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية، ثم اعلم أن هذا الخيار يثبت للمشترى فى شراء الأعيان، ولا يثبت فى الديون كالمسلم فيه والأثمان. (البحر)

(٢) قوله: "جائز" لما رواه ابن أبى شيبة والبيهقى مرسلا عن مكحول مرفوعًا من اشترى شيئًا لم يرَه فله الخيار، إذا رآه إن شاء أخذ وإن شاء تركه، وجهالته لعدم الرؤية لا تفضى إلى المنازعة؛ لأنه لو لم يوافقه يرده، فصار كجهالته الوصف المعاين المشار إليه. (البحر)

(٣) قوله: "وله [أى للمشترى]" أى للمشترى رده، وإن قال: رضيت قبل العلم به؛ لأن الخيار معلق بالرؤية على ما روينا، فلا يثبت قبله، ولأن الرضا بالشيء قبل العلم بأوصافه لا يتحقق، فلا يعتبر قوله: رضيت قبل الرؤية، بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدًا غير لازم، فينفسخ بذلك لا بموجب الخيار. (البحر)

(٤) قوله: "قبله" أعاد الضمير مذكرًا للمعنى من أن حقه التأنيث لعوده إلى الرؤية، لكن لما كان المراد بالرؤية العلم ذكر الضمير مراعاة للمعنى. (البحر وحاشيته بتصرّف)

(٥) قوله: "ولا" وهو قول الإمام المرجوع إليه؛ لأنه معلق بالشراء، فلا يثبت دونه، وروى أن عثمان بن عفان رضى الله تعالى عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبد الله فقيل لطلحة: إنك قد غبنت، فقال لى الخيار لأنى اشتريت ما لم أرَه، وقيل لعثمان: إنك قد غبنت، فقال: لى الخيار؛ لأنى بعت ما لم أرَه، فحكم بينهما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة، كذا فى البداية، والأثر رواه الطحاوى ثم البيهقى. (البحر)

(٦) قوله: "ويبطل" أى يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة، فإن كان تصرفا لا يمكن رفعه كالإعتاق، والبيع المطلق والرهن يبطله قبل الرؤية وبعدها؛ لأنه لما لزم تعذر الفسخ، وإن كان يمكن رفعه كالبيع بشرط الخيار، والمساومة والهبة من غير تسليم لا يبطله قبل الرؤية؛ لأنه لا يربو صريح الرضا، ويبطله بعدها لوجود دليل الرضا. (الزيلعى والكشف)

خيار الشرط[١]، وكفت[٢] رؤية وجه الصبرة والرقيق

بالجسر عطف على "الصبرة" بفتحتين: العجز أى حال كونه مطويًا ف

والدابة، وكفلها وظاهر الثوب مطويا وداخل الدار،

بأن قبض الوكيل وهو ينظر إليه أى كنظر المشترى الموكل أى لا يكون نظر رسوله كنظره بالاتفاق

ونظر[٣] وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله،

---

(١) أى للمشترى يعنى من صريح ودلالة وضرورة، فما يفعل للامتحان لا يبطلها إن لم يتكرر، فإن تكرر أبطلهما كالاستخدام مرة ثانية. (البحر الرائق)

(٢) قوله: "وكفت [أى فى إثبات الخيار إن كانت الرؤية بعد القبض، وفى إسقاطه إن كانت قبل الشراء، ولم يتغير المبيع، أو كانت حين القبض، كما تعطيه مسألة نظر الوكيل. (الكشف)]" لأن الأصل فيه أن رؤية جميع المبيع غير مشروط لتعذره، فيكتفى برؤية ما يدل على العلم بالمقصود، فرؤية وجه الصبرة معرفة للبقية لكونه مكيلا يعرض بالنموذج، وهو المكيلات وللموزونات، فيكتفى برؤية بعضه إلا إذا كان الباقى أردأ مما رأى، فحينئذٍ يكون له الخيار، أى خيار العيب، لا خيار الرؤية، وإنما ذكر الرقيق، ولم يذكر الجارية ليشمل العبد، كما فى "المعراج" من أن المعتبر فيهما النظر إلى الوجه ولا اعتبار برؤية ما عداه من الأعضاء، وكفت رؤية وجه الدابة وكفلهما؛ لأنه هو المقصود، وظاهره أنه لا يشترط رؤية القوائم، وهو المروى عن أبى يوسف، وهو الصحيح.

وأما الثوب فاكتفى المصنف برؤية ظاهره مطويًا؛ لأن البادى يعرف ما فى الطىّ، فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسره ونقصان قيمة، وبذلك ينقص ثمنه عليه إلا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كليهما، أو يكون فى طيّه ما يقصد بالرؤية كالعلم، ثم قيل: هذا فى عرفهم، أما فى عرفنا فما لم يرَ الباطن لا يسقط خياره؛ لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر فى الثياب، وأما الدار فظاهر الرواية أنه إذا رأى خارجها، أو رأى أشجار البستان من خارج فإنه يكتفى به، وعند زفر لا بد من دخول داخل البيوت، والأصح أن جواب الكتاب على وفاق عادتهم فى الأبنية، فإن دورهم لم تكن متفاوتة يومئذٍ، فأما اليوم فلا بد من الدخول داخل الدار للتفاوت، فالنظر إلى ظاهر لا يوقع العلم بالداخل.

(٣) قوله: "ونظر" وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: هما سواء، وله الرد؛ لأنه توكل بالقبض دون إسقاط الخيار، فلا يملك ما لم يؤكل، وبه صار كخيار العيب، والشرط، والإسقاط قصدًا، وله أن القبض نوعان تام وهو أن يقبضه، وهو يراه، وناقص وهو أن يقبضه مستولا، وهذا لأن تمامه بتمام الصفقة، ولا يتم مع بقاء خيار الرؤية والمؤكل ملكه بنوعيه، فكذا الوكيل لإطلاق توكيله، وإن قبضه مستورًا -انتهى-.

التوكيل بالناقص منه، فلا يملك إسقاطه قصدًا بعد ذلك، بخلاف خيار العيب؛ لأنه لا يمنع تمام الصفقة، فيتم القبض مع بقاءه، وخيار الشرط على الخلاف وسلم، فالموكل ألا يملك التام منه، فإنه لا يسقط بقبضه، فإن الاختيار وهو المقصود بالخيار يكون بعده، فكذا لا يملكه وكيله، وبخلاف الرسول؛ لأنه لا يملك شيئًا، وإنما إليه تبليغ الرسالة، ولهذا لا يملك القبض إذا كان رسولا فى البيع، قيد الوكيل بالقبض؛ لأنه لو كان وكيلا بالشراء، فرؤية سقطة للخيار بالإجماع. (البحر)

ف إن كان مما يجس
وصحّ عقد الأعمى[١]، ويسقط[٢] خياره إذا اشترى بجس[٣]
فيما يذاق باللسان مبتدأ
المبيع وشمّه وذوقه، وفي العقار بوصفه، ومن رأى أحد الثوبين
أي الثوب الآخر خبر في
فاشتراهما ثم رأى الآخر له ردّهما[٤]، ولا يورّث[٥]
فلو مات المشترى قبل الرؤية لا ينتقل إلى ورثته قبل الشراء و عن الصفة التي رآه عليها
كخيار الشرط، ومن اشترى[٦] ما رأى خير إن تغير وإلا لا،

---

(١) قوله: "عقد الأعمى" أي بيعه وشراءه وسائر عقوده؛ لأنه مكلف محتاج طلبها، فصار كالبصير ولتعامل الناس له من غير نكير، فصار بمنزلة الإجماع، وبه قال الأئمة الثلاثة، وقد كتبت في الفوائد أن الأعمى كالبصير إلا في مسائل: لا جهاد عليه، ولا جمعة، ولا جماعة، ولا حج، وإن وجد قائداً في الكل، ولا يصلح كونه شاهداً ولو فيما تقبل فيه الشهادة بالتسامع على المذاهب، ولا دية في عينيه، وإنما الواجب حكومة عدل، وكره أذانه وحده وإمامته إلا أن يكون أعلم القوم، ولا يجوز إعتاقه عن الكفارات، ولا كونه إماماً أعظم، ولا قاضياً ويكره ذبحه، ولم أرَ حكم صيده ورميه واجتهاده في القبلة. (البحر)

(٢) قوله: "ويسقط" لأن هذه الأشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير، والمراد بسقوطه إذا وجدت هذه الأشياء قبل الشراء، ثم اشترى، وأما إذا اشترى قبل هذه فهذه مثبتة للخيار له لا أنها مسقطة، ويمتد إلى ما يوجد منه ما يدل على الرضاء من قول أو فعل في الصحيح، واكتفى بالوصف في العقار؛ لأن لا سبيل له إلى معرفة إلا به، والوصف قد يقوم مقام الرؤية في حق البصير، كما في المسلم حتى لا يكون له خيار الرؤية بعد ما وصف له، فكذا في حقه. (البحر والزيلعي)

(٣) هو المس باليد. (القاموس)

(٤) قوله: "ردّهما" لأن رؤيته أحدهما إنما تكون رؤية الآخر للتفاوت، فبقي الخيار فيما لم يرَه، ثم لا يرده وحده كيلا يتفرق الصفقة قبل التمام؛ لأنهما لا تتم مع خيار الرؤية. (الكشف)

(٥) قوله: "ولا يورث" أي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط؛ لأن الخيار ثبت بالنص للعاقد، والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له. (الزيلعي)

(٦) قوله: "ومن" أي من اشترى شيئًا اه قبل الشراء يحصل له خيار الرؤية إن وقع في المشترى (بفتح الراء) تغير عن الصفة التي رآه عليها؛ لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه، فكأنه لم يره، وإن لم يتغير لا يخير لحصول العلم بأوصافه، أطلق قوله: وإلا لا، وهو مقيد بشيئين: الأول: أن يعلم أنه مرئية وقت الشراء، فلو لم يعلم به له الخيار لعدم الرضا به، كما في "الهداية".
الثاني: أن تكون الرؤية السابقة لقصد الشراء، فلو رآه لا لقصد الشراء، ثم اشتراه، فله الخيار، ووجهه ظاهر إذا رأى لا يقصد الشراء، لا يتأمل كل التأمل، فلم تقع معرفة. (عز والبحر)

أى المتعاقدان / مع يمينه
وإن[١] اختلفا فى التغيّر، فالقول للبائع وللمشترى[٢] لو فى
من الثياب ولم يره وقبضه
الرؤية، ولو اشترى عِدلا وباع منه ثوبًا، أو وهب وسلّم ردّه[٣]
أى لا يرده بخيار...إلخ / أى أو خيار الشرط
بعيب لا بخيار رؤية، أو شرط.

باب خيار العيب[٤]

ينقص به الثمن / أى كل شىء
من وجد بالمبيع عيبًا أخذه[٥] بكل الثمن أو ردّه، وما
وهو هروب العبد والجارية
أوجب نقصان الثمن عند التُّجار عيب[٦] كالإباق والبول فى

---

(١) قوله: "وإن" أى إن اشترى رجل شيئًا رآه، ثم قال المشترى: وقع فيه التغير الموجب لخيار الرؤية، وأنكر البائع، فالقول قول البائع مع يمينه؛ لأن التغير حادث وسبب اللزوم ظاهر أطلقه وهو مقيد بما إذا قربت المدة؛ لأن الظاهر شاهد له، أما الفرق بين المدة القليلة والبعيدة ففى فتح القدير جعل الشهر قليلا، وقال فى "الكشف": الفارق بين مدة ومدة إنما هو شأن المبيع لتفاوت الأشياء فى تسارع التغير إليها.

(٢) قوله: "للمشترى" أى لو اختلفا فى الرؤية كان القول قول المشترى؛ لأنها أمر حادث والمشترى ينكره، فيكون القول له مع يمينه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ردّه" لأنه تعذر الرد فيما خرج عن ملكه، وفى رد ما بقى تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأن خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامهما بخلاف خيار العيب لتمامهما معه بعد القبض. (البحر)

(٤) تقدم وجه تأخيره عن خيار الرؤية، وهو ما يخلو أصل الفطرة السليمة.

(٥) قوله: "أخذه" لأن مطلق العقد يقتضى وصف السلامة، فعند فواته يتخير كيلا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به، دل كلامه أنه ليس له إمساكه، وأخذ النقصان؛ لأن الأوصاف لا يقابلهما شىء من الثمن فى مجرد العقد أطلقه، فشمل ما إذا كان به عند البائع، أو حدث بعده فى يد البائع، وما إذا كان فاحشًا يسيرًا ولا بد للمسألة من قيود الأول أن يكون العيب عند البائع، الثانى أن لا يعلم به المشترى عند البيع، الثالث أن لا يعلم به عند القبض، الرابع أن لا يتمكن من إزالة بلا مشقة فإن تمكن فلا كإحرام الجارية، فإنه بسبيل من تحليلهما، الخامس أن لا يشترط البراءة منه خصوصًا، أو من العيوب عمومًا، السادس أن لا يزول قبل الفسخ فإن زال ليس له الرد مثل بياض العين إذا انجلى والحمى إذا زالت. (البحر)

(٦) قوله: "عيب" لأن التضرر بنقصان المالية، وذلك بانتقاص القيمة، والمرجع فى ذلك عرف

بفتحتين: وهو نتن الفم
الفراش والسرقة(١) والجنون(٢) والبخر والدّفر(٣) والزنا وولده في
أى فى العبد والأمة
الجارية(٤) والكفر(٥) فيهما، وعدم(٦) الحيض والاستحاضة

أهله وهم التجار أو أرباب الصنائع إن كان المبيع من المصنوعات، فلا يقتصر الحكم على التجار. (البحر بحذف والكشف)

(١) قوله: "والسرقة [اختلفت النسخ ههنا بحيث لا يكاد يؤيد بعضها بعضًا، ففى الزيلعى: الجارية مكان الأمة فى البحر، والسرقة من العيوب فى العبد والجارية مكان قوله: الأمة وبعد الكفر أقبح العيوب، وفى العينى: الأمة مكان الجارية. (عز)]" لأنهما -أى الإباق والبول فى الفراش والسرقة- (عز) توجب نقصان القيمة عندهم ثم إذا وجد شيء من هذه الأشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبًا، وإن كان مميزا يكون عيبًا، ويزول بالبلوغ، فإن عاوده بعد البلوغ يكون عيبًا حادثًا غير الأول لزوال الأول بالبلوغ، فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما، فإن البول قبل البلوغ لضعف فى المثانة، وبعده لداء فى الباطن، والإباق قبل البلوغ تحب اللعب، والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة، وهما بعده لخبث فى الباطن حتى لو وجد شيء منهما عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشترى بعد البلوغ، ليس له أن يرده لزوال الأول بالبلوغ، ولو وجد عند البائع قبل البلوغ، ووجد عند المشترى أيضًا قبل البلوغ يرده به مالم يبلغ لاتحاد السبب، وكذا إذا وجد عند البائع بعد البلوغ، وعند المشترى أيضًا بعد البلوغ يرده لما ذكرنا، والسرقة لا تختلف بين أن يكون من المولى أو من غيره إلا إذا سرق من المولى شيئًا فللأكل، فإنه لا يكون عيبًا، فإن التقصير جاء من قبل المولى حيث أحوجه إليه.

(٢) قوله: "والجنون" وهو فساد فى الباطن؛ لأن العقل معدنه القال، وشاء فى الدماغ والجنون انقطاع، وذلك الشعاع، وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع فى صغره وعاوده عند المشترى، بل إذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع يرده برده، وإن لم يعاوده فى يد المشترى؛ لأنه قلنا يزول، والصحيح أنه لا يرده حتى يعاوده عنده؛ لأن الله تعالى قادر على إزالته، فلا بد من المعاودة، ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة، وما دونه لا يكون عيبًا. (الزيلعى)

(٣) بفتح الدال والفاء وسكونها أيضًا نتن الإبط.

(٤) قوله: "وفى الجارية [أى هذه الأربعة تكون عيبًا فى الأمة دون الغلام]" يعنى هذه الأربعة - البخر والدفر والزنا وولده - (عز) تكون عيبًا فى الجارية دون الغلام؛ لأنه يخل بالمقصود منها، وهو الافتراش وطلب الولد، لا فى الغلام؛ لأن المطلوب منه الاستخدام، وهذه الأشياء لا تخل؛ لأنه يستخدمه من بعد، وكونه أدفر، أو أبخر، أو زانيًا، أو ولد زنا لا يمنعه منه إلا أن يكون فاحشًا بحيث يمنع القرب من المولى، أو يكون الزنا عادة له؛ لأن الفاحش من البخر والدفر يكون داء، وهو عيب، واتباع النساء يشغله عن الخدمة، وذلك بأن يتكرر منه أكثر من مرتين، والعيوب كلها لا بد من المعاودة عند المشترى حتى يرد إلا الزنا فى الجارية. (الزيلعى)

(٥) قوله: "والكفر" لأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية، ولو اشتراه على أنه

لا المعتاد — جمع دبر -بالتحريك- قرحة الدابة

والسُّعال(١) القديم والدَّين(٢) والدبر والشعر(٣) والماء فى العين،

بعد اطلاعه على العيب كان عند البائع — أى المشترى المبيع الذى حدث فيه عيب آخر — ف ك و

فلو(٤) حدث آخر عند المشترى رجع بنقصانه أو ردّ برضى

كافر، فإذا هو مسلم، فلا خيار له؛ لأن الإسلام زوال عيب لكفر، فصار كما لو اشتراه معيبًا فإذا هو سليم، فإنه لاخيار بالإجماع، وقال الشافعى وأحمد: له الخيار؛ لأنه وجده على خلاف ما شرط، وربما يتعلق له بهذا الشرط غرض، مثل أن يستخدمه فى محقرات الأمور، ولا يستجير من نفسه أن يستخدم المسلم فيها، ولم أر حكم ما إذا وجده خارجا عن مذهب أهل السنة، كالمعتزلى والرافضى، وينبغى أن يكون كالكافر؛ لأن السنى ينفر عن صحبته، وربما قتله الرافضى؛ لأن الرافضة يستحلون قتلنا (شرح نقاية وبحر).

(٦) قوله: "وعدم" أى والاستحاضة عيب، وارتفاع حيض بنت سبع عشر سنة عيب، قيد بسبع عشرة لأنه أقصى زمن البلوغ عند أبى حنيفة، أما كون الاستحاضة عيبًا فلأنها لداء فى عرق المرأة، وقد أشار إلى ذلك النبى ﷺ حيث قال لفاطمة بنت أبى حبيش حين سألته وكانت تستحاض: أن ذلك عرق وليس بالحيضة، وأما عدم الحيض فى البالغة فلداء فى بطنها، إذ العادة الأصلية فى النساء التى حبلن على السلامة أن يحضن فى أوانه، ويطهرن فى أوانه، فإذا كان بخلافه كان لداء فى الباطن، وإنما يعرف هذا بقول الأمة؛ لأنه لا طريق لمعرفة ذلك إلا هذا. (شرح النقاية بتصرّف)

(١) قوله: "والسعال" هو بالضم وهى حركة تدفع بها الطبيعة أذى عن الرئة والأعضاء التى تتصل بها، وإنما عد من العيوب لأن دوامه يدل على الداء، وتنقص بسببه قيمته. (قاموس الزيلعى)

(٢) قوله: "والدَّين" أى من جملة العيوب كون المبيع مديونًا؛ لأن ماليته تكون مشغولة به، والغرماء متقدمون على المولى، أطلقه فشمل دين العبد والجارية وما إذا كان مطالبًا به للحال، أو متأخرًا إلى ما بعد العتق، وفرق بينهما الشافعى، وهو حسن، إذ لا ضرر على المولى فى الثانى، وجوابه أنه يلحقه ضرر بنقصان ميراثه منه حيث كان وارثًا، كذا فى "فتح القدير"، وهو بحث منه مخالف للنقل. (عز)

(٣) قوله: "والشعر" لأنهما يضعفان البصر، ويورثان العمى، ولا خصوصية لهما، بل كل مرض بالعين فهو عيب، ومنه السبل كما فى "المعراج"، وكثرة الدمع، وقد ذكر المصنف أولا ضابط العيب، ثم ذكر عددًا من العيوب ولم يستوفها لكثرتها. (البحر)

(٤) قوله: "فلو" أى لو حدث عند المشترى عيب، واطلع على عيب كان فيه عند البائع، فله أن يرجع بالنقصان، وليس له أن يرده إلا برضاء البائع؛ لأن بالرد أضر بالبائع؛ لأنه خرج عن ملكه سالمًا عن العيب الثانى، ولا بد من دفع الضرر عنهما، فتعين الرجوع بالنقصان إلا أن يرضى البائع بأخذه؛ لأن رضى بالتزام الضرر، فيخير المشترى حينئذٍ إن شاء رده، وإن شاء رضى به، وليس له أن يرجع لنقصان بعد ما رضى البائع به لزوال الموجب لذلك، وهو امتناعه من.

ولا يقال: إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فكيف يرجع عليه بانقصان؟ لأنا نقول: إذا

بائعه، ومن اشترى ثوبًا فقطعه (بعد قطعه) فوجد به عيبًا رجع بالعيب، وإن قبله البائع كذلك (أي مقطوعًا)، فله ذلك (أي القبول)[١]، وإن باعه المشترى لم يرجع بشيء[٢]، فلو قطعه وخاطه (أي خلط)، أو صبغه (بأي صبغ كان)، أو لت السويق (الذى اشتراه) بسمن، فاطّلع (بعد هذه الأشياء) على عيب رجع[٣] (على البائع) بنقصانه، كما[٤] لو باعه بعد رؤية العيب، أو مات[٥] (المراد هلاك المبيع عند المشترى) العبد، أو أعتقه مجّانًا (بلا مال قبل اطلاعه على العيب)، فإن أعتقه على

صارت مقصودة يقابلها، وتصير مقصودة بأحد أمرين، إما بالإتلاف حقيقة، كما إذا قطع البائع يده قبل القبض، فإنه يسقط من الثمن بقدره، وهو النصف، وإما بالمنع حكمًا، كما إذا امتنع الرد لحقه، أو لحق الشرع، بأن نقص أولا، ولأن الجزء الفائت صار حقًا للمشترى بالعقد، ووجب تسليمه، فإذا عجز صار مانعًا لذلك الجزء حكمًا، فيرد عليه المبيع إن أمكن دفعًا للضرر عنه، ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به، وإن لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن، فصار له حصته من الثمن لكونه مقصودًا بالمنع حكمًا، فاعتبر الحكمى للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره.

وصورة الرجوع بالنقصان أن يقوم المبيع وليس به عيب قديم، ويقوّم وبه ذلك، فينظر إلى ما نقص، نقص من قيمته لأجل النقصان ينسب إلى القيمة السليمة، فإن كانت النسبة العشر رجع بعشر الثمن، ، وإن كانت النصف فبنصف الثمن.

بيانه إذا اشترى ثوبًا بعشرة دراهم، وقيمته مائة درهم، واطلع على عيب ينقصه عشرة دراهم، وقد حدث به عيب عنده، فإنه يرجع بعشر الثمن، وهو درهم، ولو اشتراه بمائتين، وقيمته مائة، ونقصه العيب عشرة، فإنه يرجع بعشر الثمن، وذلك عشرون، وإن نقصه عشرين رجع بخمس الثمن، وهو أربعون، وإن اشتراه بمائة، وهو يساوى مائة، ونقصه عشرة رجع بعشر الثمن، وهو عشرة. (الزيلعى والبحر)

(١) قوله: "ذلك" لأن الامتناع لحقه، وقد رضى به، بخلاف ما إذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له أخذه؛ لأن الامتناع لحق الشرع، فإنه ربا. (عز والزيلعى)

(٢) لكونه حابسًا له بالبيع لإمكان برضا بائعه، فكان مفوتًا.

(٣) قوله: "رجع" وإنما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة، إذ الفسخ فى الأصل بدون الزيادة لا يمكن؛ لأنهما لا تنفك عنه، ومع الزيادة أيضًا لا يمكن؛ لأن العقد لم يرد عليها، فكذا الفسخ، إذ هو لا يرد إلا على عين ما ورد عليه العقد، وإلا لما كان فسخا، ولو أخذه لكان ربا أيضًا، فإذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تأثير للبيع لامتناع قبلهما، فلا يصير به حابسا، بخلاف القطع من غير خياطة. (الزيلعى)

(المبيع. بعد اطلاعه على العيب. أى أو كان المبيع طعامًا، فأكل بعضه)

مال، أو قتله، أو كان طعاما فأكله، أو بعضه لم يرجع[١]

(شخص. بالكسر والضم: معروف. بأن كان منتفعًا أو مرًا)

بشيء، ولو اشترى بيضا، أو قثاء[٢]، أو جوزا، ووجده فاسدا

(ولا يرده)

ينتفع[٣] به، رجع[٤] بنقصان العيب[٥]، وإلا[٦] بكل الثمن، ولو

(٤) أى كما يرجع بالنقصان لو باع كلا من المذكورات (أى الثوب والمخيط أو المصبوغ أو السويق الملتوت) بعد رؤية العيب؛ لأن الرد ممتنع أصلا قبله، فلا يكون حابسًا للمبيع. (ط د ك)

(٥) قوله: "أو مات" أى الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب، كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم، وكما لا يمنع موت العبد وإعتاقه، أما الموت فلأن الملك انتهى به، والامتناع حكمى لا بفعله، وأما الإعتاق فالقياس أن لا يرجع؛ لأن امتناع الرد بفعله، فصار كالقتل، وفى الاستحسان يرجع؛ لأن العتق إنهاء الملك؛ لأن الآدمى ما خلق فى الأصل محلا للملك، وإنما يثبت فيه الملك موقتة إلى الإعتاق، فكان إنهاء كالموت، وهذا لأن الشيء يتقرر بانتهاء، فيجعل كأن الملك باق، والرد متعذر، والدليل على ثبوت أصل الملك مع الإعتاق ثبوت الولاء للمعتق، وهو أثر من آثار الملك، ولم يذكر المؤلف رحمه الله تعالى توابع الإعتاق، وفيها تفصيل، فالتدبير والاستيلاد كالعتق لتعذر النقل مع بقاء المحل بالأمر الحكمى، وأما الكعابة فمانعة من الرجوع لجواز النقل بيعه برضاء، وتعجيز نفسه، فصار بها حابسًا، كالإعتاق على مال. (البحر والزيلعى)

(١) قوله: "لم يرجع [جواب المسائل الأربع]" أما الأولى فلأنه جنس بدله، فكأنه جنس مبدله، وأما الثانية فلأن القتل لا يوجد إلا مضمونًا، وإنما سقط الضمان هنا للملك، فصار كالمستفيد عوضًا، بخلاف الإعتاق لأنه لا يوجب الضمان لا محالة -قيد للمنفى وهو الإيجاب- كإعتاق المعسر عبدًا مشتركًا، فإنه لا يتعلق به الضمان، بل إذا كان موسرًا على تقدير فلم يوجبه بذاته، وأما الثالثة ففيهما خلافهما، لهما أنه صنع فى المبيع ما يقصد بشراءه، ويعتاد فعله فيه، فأشبه الإعتاق، وله أنه تعذر الرد بفعل مضمون منه فى المبيع، فأشبه البيع ولو لقتل، ولا معتبر يكون الأكل مقصودًا من الشراء، ألا ترى أن البيع قد يقصد بالشراء، ثم هو يمنع الرجوع، وأما الرابع فلأن الطعام كشيء واحد. (الكشف)

(٢) بأن كان القثاء فيه لبّ يأكله بعض الفقراء، ويصلح للعلف، أو كان بعض لبّ الجوز ونحوه يؤكل، وأما العَوض فلا يُتصوّر ذلك؛ لأن قشره لاقيمة له إلا فى بيض النَعامة، فإن المطلوب فيه قشره. (العينى)

(٣) أى ولو كان الرد بالتراضى من غير قضاء القاضى لا يرده على بائعه. (العينى)

(٤) قوله: "رجع" لأن الكسر عيب حادث إلا إذا رضى به البائع؛ لأنه أسقط حقه، وقال الشافعى رحمه الله: إذا كسر منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرده؛ لأن البائع سلط عليه، فكأنه فعله بنفسه، قلنا: رضى بكسره فى ملك المشترى لا فى ملك نفسه، فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب، فصار كما لو باع ثوبًا فقطعه، ثم اطلع على عيب، ولو علم بصفته قبل الكسر رده

الذى اشتراه المشترى منه أى بسبب عيب من القاضى
باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده(١) على بائعه، ولو برضى لا، ولو قبض المشترى المبيع، وادّعى عيبًا فيه لم يُجبر(٢) على دفع الثمن إلى البائع، ولكن يبرهن أى يقيم البيّنة، أو يحلف بائعه، فإن قال: شُهودى بالشام دفع(٣) الثمن إليه إن حلف بائعه، فإن(٤) ادعى المشترى إباقًا(٥) لم يحلّف

لإمكانه. (الزيلعى بحذف)

(٥) أى وإن لم ينتفع به بأن وجد البيض هذرة والقثاء مرة والجوز ونحوها خاليًا.

(٦) قوله: "وإلا" أى إن لم ينتفع به رجع بكل الثمن؛ لأنه ليس بمال، فكان البيع باطلا، قالوا: هذا يستقيم فى البيض؛ لأنه لا قيمة لقشره، وكذا فى الجواز إذا لم يكن لقشره قيمة، وأما إذا كان لقشره قيمة، بأن كان فى موضع يوقد فيه قشره، كما فى مواضع الزجاجين، فقيل يرجع بحصة اللب، ويصح البيع فى القشر بحصته؛ لأنه مال متقوم، فصار محلا للبيع، وقيل: يرد القشر ويرجع، ولكل الثمن؛ لأن مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر، فإذا لم ينتفع بلبّه فات محل البيع، فكان باطلا، وإن كان لقشره قيمة. (الزيلعى)

(١) قوله: "يردّه" أى لو اشترى شيئًا، ثم باعه، فردّ عليه بالعيب له أن يرده على بائعه إن كان ردّ عليه بقضاء؛ لأن الرد بالقضاء فسخ فى حق الكل، فيكون كأنه لم يبعه، وإن كان الرد بالتراضى من غير قضاء القاضى، لا يرده على بائعه، وقيل فى عيب لا يحدث مثله كالأصبع الزائدة يرده للتيقّن به عند البيع الأول، والأصح أنه لا يرد عليه فى الكل؛ لأن الفسخ بالتراضى بيع جديد فى حق غيرهما، إذ لا ولاية لهما على غيرهما، بخلاف القاضى؛ لأن له ولاية عامة، فينفذ قضاءه على الكل.
وهذا إذا كان الردّ بعد القبض، وإن كان قبله فله أن يردّه على بائعه، وإن كان بالتراضى فى غير العقار؛ لأن بيع المبيع قبل القبض لا يجوز، فلا يمكن جعله بيعًا جديدًا فى حق غيرهما، فجعل فسخًا فى حق الكل على ما نبيّنه فى الإقالة -إن شاء الله تعالى- وفى العقار اختلاف المشايخ. (الزيلعى)

(٢) قوله: "لم يُجبر" أى ومن قبض ما شراه، ثم ادّعى عيبًا لا يُجبر المشترى على دفع ثمنه إلى البائع؛ لاحتمال أن يكون صادقًا فى دعواه، بل يبرهن المشترى أن يقيم البينة لإثبات العيب، بأنه وجد بالمبيع عند المشترى؛ لأنه إن لم يوجد عنده ليس له أن يردّه، وإن كان عند البائع؛ لاحتمال أنه زال، فإذا برهن أنه وجده عنده يحتاج أن يبرهن أيضًا أنّ هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنه حدَث عنده، أو يحلف بائعه على قولهما؛ لأنه إن أقرّ به لزمه، فإذا أنكره يحتلفان حلف برئ، وإن نكل ثبت قيام العيب للحال، ثم يحلف ثانيًا على أنّ هذا العيب لم يكن فيه عنده، فإن حلف برئ، وإن نَكل فسخ القاضى العقدَ بينهما، واختلف المشايخُ على قول أبى حنيفة، فقال بعضهم: يحلف، وقال بعضُهم: لا يحلف، وهو الأصح، كما سيأتى. (عز والمجمع والزيلعى بحذف)

بائعه حتى يبرهن المشترى أنه أبق عنده، فإن برهن حلف بالله ما أبق[١] عندك قط، والقول فى قدر المقبوض للقابض[٢]، ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما، ووجد بأحدهما عيبا أخذهما[٣]، أو ردهما، ولو قبضهما[٤]، ثم وجد بأحدهما عيبا

(أي العبد، البائع، من البيع، لأنه هو المنكر، شخص، يعنى فى عقد واحد، إن شاء، جميعًا، جميعًا (س))

(٣) قوله: "دفع" أى إذا قال المشترى: شهودى بالشام، استحلف البائع، فإن حلف دفع إليه الثمنَ؛ لأن فى الانتظار ضررًا بالبائع، وليس فى دفع الثمن إليه كبير ضرر على المشترى؛ لأنه على حجته متى أقام عليه البيّنة مهر عليه المبيع، وأخذ منه الثمن، وإن نكل البائع لزم العيب؛ لأنه حجةٌ فيه.
والمراد بقوله: شهودى بالشام أنه قال: إن له بينة غائبة عن المصر، سواء كانوا بالشام، أو بغيرها، وقيد بدعواه غيبتهم عن المصر؛ لأنه لو قال: لى بيّنة حاضرة أمهله القاضى إلى المجلس الثانى، إذ لا ضرر فيه على البائع، ولا طلب الاقفال إلى ثلاثة أيام أمهله. (البحر بحذف والزيلعى)

(٤) قوله: "فإن" أى إذا ادّعى عيبًا يطلع عليه الرجال، ويمكن حدوثه فلا بدّ من إقامة البيّنة، أو على قيامه بالمبيع مع قطع النظر عن قدمه وحدوثه لينتصب البائع خصما، فإن لم يبرهن لا يمين له على البائع عند الإمام على الصحيح وعندهما يحلف على نفى العلم؛ لأن الدعوى معتبرة حتى تترتب عليهما البينة، فكذا يترتب التحليف، وله أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، ولا تصح من خصم، ولا يصير خصمًا فيه إلا جد قيام العيب، ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين، كما فى الحدود والأشياء الستة. (الزيلعى)
وأورد عليه لزوم ذلك فى دعوى الدين مع أنه فى دعوى الدين بأمر القاضى المدعى عليه بالجواب قبل ثبوت أصل الدين مع فراغ الذمة عن الدين أصل، والشغل عارض كالعيب، وأجيب وله شرط إثباته لم يتوصل المدعى إلى إثبات حقه؛ لأنه ربما تعذرت عليه بخالف العيب؛ لأنه مما يعرف بآثار تعاين أو يقول الأطباء والقابلة. (البحر بحذف)

(٥) أى إباق العبد الذى اشتراه، فأنكر البائع وأراد المشترى تحليفه.

(١) قوله: "ما أبق" لكن قال المتأخرون: فيه ترك النظر للمشترى؛ لأنه لا يتناول الإباق من المودع والمستأجر والمستعير والغاصب لا إلى منزل مولاه مع القدرة على الرجوع إليه مع أنه عيب. (المجمع)

(٢) قوله: "للقابض" فلو اشترى جارية وتسلمهما ثم وجد بهما عيبًا، فقال البائع بعتكهما، وأخرى معهما، وقال الشمترى وحدها، فالقول للمشترى؛ لأن البائع يدعى بقاء بعض الثمن فى ذمة، وهو حصة الآخر، والمشترى ينكره، فالقول قول المنكر مع يمينه، وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع، واختلفا فى المقبوض، ولو حذف المصنف قوله فى مقدار المقبوض لكان أولى؛ لأن القول للقابض فيما

ردّ المَعيب وحده، ولو وجد[المشتري][(١)] ببعض الكيلى[مثل البر والشعير]، أو الوزنى[مثل الزيت ونحوه] عيباً ردّه كلّه، أو أخذه[أي أو أخذه كله بعينه]، ولو استحق[(٢)] [بعد القبض] بعضه[أي بعض الكيلي، أو بعض الوزني] لم يخير[أي المشتري] فى رد ما بقى، ولو ثوبا خير[إن شاء أمسك أو ردّ]، واللُّبسُ[(٣)] والركوب والمداواةُ رضًا بالعيب لا[(٤)] الركوب للسقى[أي لا يكون، أي لسقى الدابة من الحوض، أو النهر ونحوهما.]، أو للرد، أو لشراء العَلف[لها]، ولو

قبضه مطلقًا مقدارًا وصفةً أو تعيينًا . (البحر)

(٣) قوله : "أخذهما" يعنى ليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بل يأخذهما أو يردهما ؛ لأن فى ذلك تفريق الصفقة قبل تمامها ؛ لأن تمامها بقبضهما ؛ لكونه مقيدًا لملك التصرف فيهما ، ومؤكد الملك رقبتهما . (الزيلعى وشرح النقاية)

(٤) قوله : "قبضهما" أى ولو اشترى عبدين صفقة ووجد بأحدهما عيبًا رده خاصةً إن قبضهما ، وقال زفر والشافعى رحمه الله فى قول : ليس له أن يرد المعيب وحده ؛ لأن فيه تفريق الصفقة ، وهو لا يخلو عن تضرر البائع برد المعيب وحده ؛ لأن العادة جرت بضم الجيد إلى الردىء .

ولنا أنه تفريق بعد تمام الصفقة ؛ لأنهما تمت بالقبض ؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمامها فيكون الفسخ بعد القبض فى ملك المشترى من كل وجه ، فيقتصر الرد على ما فيه علة ، وهو المعيب ، وإنما وضع المسألة فى عبدين بكونهما مما ينتفع بأحدهما دون الآخر ، فلو اشترى شيئين لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كنفلين أرخفين ، فوجد فى أحدهما عيبًا بعد قبضهما فإنه يردهما ، أو يمسكهما بإنفاق ؛ لأنهما فى الصورة عيبان ، وفى المعنى والمنفعة شىء واحد ، والمعتبر عن المعنى دون الصورة والمبنى .

ولو قال المشترى فيما يمكن إفراد أحدهما بالانتفاع عن الآخر : أنا أمسك المعيب ، وأخذ النقصان ، ليس له ذلك ؛ لأنه لما رضىَ بالعيب فات حقه فى وصف السلامة ، فلم يكن له المطالبة بالنقصان . (شرح النقاية)

(١) قوله : "ولو وجد" أى من شرى ما يكال ، أو ما يوزن من نوع واحد ، فوجد ببعضه عيبًا ، فإنه يرده كله ، وليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب ، سواء كان قبل القبض أو بعد ؛ لكونه كالشىء الواحد . (شرح النقاية)

(٢) قوله : "ولو استُحق" أى وإن قبض الكيلى أو الوزنى ، واستحق البعض منه ، لم يرد الباقى ؛ لأن الشركة بينهما ليست بعيب ، إذ التبعيض فيهما لا يضر ، والاستحقاق لا يمنع بتمام الصفقة ؛ لأن العقد حق العاقد ، وتمامه برضاه ، لا يرضى المالك ، قدم القبض على استحقاق البعض ؛ لأن البعض لو استحق قبل القبض كان المشترى أن يرد الباقى لتفرق الصفقة عليه قبل تمامها ، بخلاف الثوب ، فإن مشتريه إذا قبضه واستحق منه بعضه ، له خيار الرد فى الباقى ؛ لأن الشركة فيه عيب عرفًا ، وقد كانت البيع قبل ظهور الاستحقاق . (شرح النقاية)

قُطع المقبوضُ بسبب عند البائع رده[١] واستردّ الثمن، ولو برئ من كلّ عيبٍ به صحّ[٢]، وإن لم يُسمّ الكل ولا[٣] يرد بعيبٍ.

---

(٣) قوله: "واللُّبس" أي لبس الثوب بعد اطلاعه على العيب، والركوب أي ركوب الدابة بعده، والمداواة أي التداوي بالمبيع بعد اطلاعه على العيب، أو مداواة المبيع بأن كان عبدا فسقاه رضاء بالعيب؛ لأنه دليل الاستيقاء في ملكه، أطلق الركوب وهو مسيّد بما إذا ركبها في حاجته لما سيصرّح به، وكذا المداواة إنما تكون رضا بعيب وأداوه، أما إذا داوى المبيع من عيب قد برئ منه البائع وبه عيب آخر، فإنه لا يمتنع رده. (العينى والبحر)

(٤) قوله: "لا" أي لا يكون الركوب لهذه الأشياء رضا بالعيب، أطلقه وهو كذلك في الردّ، وأما في السقي وشراء العلف فلا بد أن يكون لا بد له منه لصعوبتها أو لعجزه، أو لكون العلف في عدل واحد، أما إن كان له بد منه هو رضا. (البحر)

(١) قوله: "ردّه" يعنى لو اشترى عبدا قد سرق عند البائع، ولم يعلم به وقت الشراء ولا وقت القبض، فقطعت يده عند المشترى، له أن يرده ويأخذ ما دفعه عند الإمام، وقالا: يرجع بما بين قيمتها سارى إلى غير سارق.

وعلى هذا الخلاف إذا قتل بسبب كان عند البائع، والحاصل أنه بمنزلة الاستحقاق عنده، وبمنزلة العيب عندهما لهما أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل، وأنه لا ينافي المالية، فنفذ العقد فيه، لكنه متعيب فيرجع بنقصانه عند تعذر رده، وصار كما إذا اشترى حاملا فماتت في يده بالولادة، فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملا إلى غير حامل.

وله أن سبب الوجوب في يد البائع، والوجوب يقتضي إلى الوجود، فيكون الوجود مضافًا إلى السبب السابق، وصار كما إذا قتل المغصوب أو قطع بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب، ومسألة الحامل ممنوعة. (البحر)

(٢) قوله: "صحّ" خلافًا للشافعي رحمه الله بناءً على مذهبه أن الإبراء عن الحقوق المجهولة لا يصح لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد، وتمليك المجهول لا يصح.

ولنا أن جهالته الساقط لا تفضى إلى المنازعة، وإن كان في ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم. (الكشف)

(٣) قوله: "ولا" أي ولا يرد بسبب، ولو حدث بعد البيع قبل القبض في قول أبي يوسف، وقال محمد وزفر: لا يدخل الحادث؛ لأن البراءة تتناول الثابت، ولأبي يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن وصف السلامة، وذلك بالبراء عن الموجود والحادث. (الكشف)

المراد بأن عند الممنوع مجازًا عرفيًا، فيعم الباطل والمكروه

باب البيع الفاسد(١)

لعدم المالية

لم يجزْ(٢) بيع الميتة والدم والخنزير(٣) والخمر والحر وأمّ

يصح لما فيه من معنى التمليك حتى يرتد بالرد، وتمليك المجهول لا يصح.

ولنا أن جهالته الساقط لا تفضى إلى المنازعة، وإن كان فى ضمنه التمليك لعدم الحاجة إلى التسليم. (الكشف)

(٥) قوله: "ولا" أى ولا يرد بسبب، ولو حدث بعد البيع قبل القبض فى قول أبى يوسف، وقال محمد وزفر: لا يدخل الحادث؛ لأن البراءة تتناول الثابت، ولأبى يوسف أن الغرض إلزام العقد بإسقاط حقه عن وصف السلامة، وذلك بالبراء عن الموجود والحادث. (الكشف)

(١) قوله: "الفاسد" أخره عن الصحيح لكونه عقدًا مخالفًا للدين؛ لأنه معصية يجب رفعها وعنونة به، وإن ذكر فيه الباطل باعتبار كثرة أنواعه وغيره يذكر فيه بطريق الاستطراد.

قال بعض الفضلاء: الفاسد كما يذكر فى مقابلة الباطل، كذا يذكر فى مقابلة الصحيح، فيراد منه ما يعم الباطل، وهو المراد ههنا -انتهى- لكن فيه كلام؛ لأنه يلزم منه أن يشمل الصحيح إذا استعمل فى مقابلة الباطل، ولا وجه له، تدبّر.

واعلم أن البيوع على أنواع: صحيح: وهو المشروع بأصله ووصفه، وباطل: وهو هذه، ولا يفيد الملك بوجه، وفاسد: وهو المشروع بأصله دون الوصف، ويفيد الملك إذا اتصل به القبض، ومكروه: وهو المشروع بأصله ووصفه، لكن جاوره شيء منهى عنه، وموقوف: وهو المشروع بأصله ووصفه، ويفيد الملك على سبيل التوقف، ولا يفيد تمامه لتعلق حق الغير. (المجمع)

(٢) قوله: "لم يجز" وإنما لم يجز بيع الميتة والدم لانعدام المالية التى هى ركن البيع، فإنهما لا يعدان مالا عند أحد، وهو من قسم الباطل، والمؤلف رحمه الله تعالى لما استعمل الفاسد فى الباب للأعم عبر بعدم الجواز الشامل للباطل والفاسد.

وفى القاموس: الميتة مالم تلحقه زكاة، وبالكسر للنوع... اهـ، فإن أريد بعدم الجواز عدمه فى حق المسلمين بقيت الميتة على إطلاقهما، وإن أريد الأعم للمسلم والكافر، فيراد بهما ما مات حتف أنفه، أما المنخنقة والموقوذة فغير داخلة، لما فى التجنيس أهل الكفر إذا باعوا الميتة فيما بينهم لا يجوز؛ لأنهما ليست بمال عندهم، ولو باعوا ذبيحتهم وذبحهم أن يخنقوا الشاة ويضربوها حتى تموت جاز؛ لأنها عندهم بمنزلة الذبيحة عندنا. (البحر مع زيادة)

(٣) قوله: "والخنزير" أى لم يجز بيع الخنزير والخمر، وفيه تفصيل، فإن قوبل بالنقدين فالبيع باطل لعدم التقوم؛ لأن النقد غير مقصود فى العقد؛ لأنه يجب فى الذمة، فالمقصود بالعقد إنما هو الخمر والخنزير، وفى تملكهما مقصودًا إعزاز لهما، والشرع قد أمر بإهانتهما، فسقط التقوم أصلا أى لم يظهر حكم التقوم فى نفسه، فلا فيما يقابله من النقدين؛ لأن الثمن يثبت فى الذمة بالعقد، وثبوته فى الذمة إنما يكون حكمًا لتملكه بمقابلة تملك مال آخر، فإذا لم يوجد ذلك لما يثبته فى الذمة، فلا يثبت فيه الملك

المطلق دون المقيد
الولد[١] والمدبر والمكاتب، فلو هلكوا عند المشترى لم يضمن،
أى لم يجز بيع السمك قبل أن يصاد — بسكون الميم: الجنين
والسمك[٢] قبل الصيد، والطير[٣] فى الهواء، والحمل[٤]
حبل الحبلة — وجزم البرجندى ببطلانه — محركة غشاء الجلد والواحدة بها
والنتاج واللبن[٥] فى الضرع، واللؤلؤ[٦] فى الصدف،

لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم، فبطل العقد أصلا.

وإن قوبل بالعين ففاسد -أى فى العين، وباطل فى الخنزير، والحاصل أن المحرم إن كان مالا كالخمر والخنزير يرد، وقوبل بحلال غير النقدين ثمنًا كان بان أدخل الباء عليه أو مبيعًا، فالبيع باطل فى المحرم، فلا يملكه بالقبض فاسد فى الحال فيملكه، وإن لم يكن مالا كالدم، أو كان مالا، وقوبل بأحد النقدين، فالبيع باطل فيهما، فيملك ما يقابله لا الخنزير. (الكشف مع زيادة وتغيّر)

(١) قوله: "وأم الولد" أى بيع هؤلاء غير جائز، أى غير منعقد، أما المدبر وأم الولد، فقد صرح فى "الهداية" ببطلان بيعهما، قال: لأن استحقاق العتق قد ثبت لأم الولد لقوله عليه السلام: أعتقها ولدها، وسبب الحرية انعقد فى حق المدبر فى الحال لبطلان الأهلية بعد الموت، والمكاتب استحق العتق يدًا على نفسه لازمة فى حق المولى، ولو ثبت الملك بالبيع لبطل ذلك كله، فلا يجوز. (البحر)

(٢) قوله: "والسمك" قال فى "شرح الوقاية": واعلم أنه نظم كثيرا من المسائل فى ملك واحد، وقال: لم يجز، ولم يبين أن البيع باطل أو فاسد، وأنا أبين ذلك -إن شاء الله تعالى-.

ففى السمك الذى لم يصد ينبغى أن يكون البيع باطلا إذا كان بالدراهم والدنانير، ويكون فاسدًا إذا كان بالعرض؛ لأنه مال غير متقوم؛ لأن التقوم بالإحراز، والإحراز منتفٍ. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "والطير" أى لا يجوز بيع الطير فى الهواء؛ لأنه غير مملوك قبل الأخذ، فيكون باطلا، وكذا له باع بعد ما أرسله من يده؛ لأنه غير مقدور التسليم، فيكون فاسدًا، ولو سلم بعده لا يعود إلى الجواز عند مشايخ بلخ، وعلى قول الكرخى يعود، وكذا عن الطحاوى أطلقه فشمل ما إذا جعل الطير مبيعًا أو ثمنًا. (البحر بزيادة)

(٤) قوله: "والحمل" أى لا يجوز بيع الحمل والنتاج والبيع فيهما باطل لنهى النبى ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة، ولما فيه من الغرر. (البحر بزيادة)

(٥) قوله: "واللبن" ذكروا فى وجه فساد بيع اللبن فى الضرع أمورًا، الأول أن فيه غررا لأنه لا يدرى أنه لبن، أو انتفاخ، وقد نهى النبى ﷺ عن الغرر، والثانى: الاختلاف فى كيفية الحلب، فيؤدى إلى النزاع، والثالث: يجوز أن يحدث لبن قبل الحلب، فيختلط مال البائع بمال المشترى على وجه يعجز عن التخليص.

والرابع: ما رواه الشافعى رضى الله عنه عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان ينهى عن بيع اللبن فى ضرع الغنم والصوف على ظهرها. (الطحطاوى)

(٦) قوله: "واللؤلؤ" أى لا يجوز بيع اللؤلؤ إذا كان فى صدفه للغرر؛ لأنه لا يعلم وجوده،

هى اللقطة من النحل وغيره توضع عليها الأخشاب

والصُّوف(١) على ظهر الغنم، والجذع(٢) فى السقف وذراعٍ من

هوالصائد سواء كان فى بر أو بحر بالجر عطف على الميتة، هو بيع الثمر فى رؤوس النخل بالتمر

ثوب، وضربة(٣) القانص، والمزابنةِ(٤) والملامسة(٥) وإلقاء الحجر

أى ولا يجوز إجارتها. ف م حيوان الصلى وأى يجوز بيعها

وثوب(٦) من ثوبين والمراعى(٧) وإجارتها والنحل(٨) ويباع(٩)

وينبغى أن يكون باطلا للعلة المذكورة، ويؤيده ما فى التجنيس: رجل اشترى لؤلؤه فى صدف، قال: أبو يوسف البيع جائز، وله الخيار، وقال محمد: البيع باطل، وعليه الفتوى. (االكشف مع زيادة)

(١) قوله: "والصوف" وإنما لم يجز بيعه؛ لأنه ينبت من أسفل يختلط المبيع بغيره، بخلاف القوائم؛ لأنها تزداد من أعلى، وقد صح: «أنه عليه السلام نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم وعن اللبن فى الضرع وسمن فى لبن». (البحر بزيادة)

(٢) قوله: "والجذع" وإنما لم يجز بيع الجذع إذا كان فى السقف، وذراع من ثوب؛ لأنه لا يمكنه التسليم إلا بضرر يلزمه، سواء ذكر موضع القطع أو لم يذكر، ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر؛ لأن الالتزام بدون العقد غير لازم، والعقد لم يوجب الضرر، فيمكنه الرجوع، فيتحقق النزاع، بخلاف ما إذا باع بعضًا معلومًا من نقرة فضة، حيث يجوز؛ لأن التبعيض لا يضره.

ولو قلع البائع الجذع، أو قطع الثوب، وسلمه عاد صحيحًا إن كان قبل فسخ المشترى البيع لزوال المانع من الفساد، بخلاف ما إذا باع جلد الحيوان، وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحًا؛ لأن الفساد فيه لعدم ملك له. (الزيلعى بزيادة)

(٣) قوله: "وضربة" أى لم يجز بيع ما يخرج من ضربة القانص، وهو بالقاف والنون الصائد، يقول: بعتك ما يخرج من إيقاع هذه الشبكة مرة بكذا، وقيل: بالغين والياء الغائص، قال فى "تهذيب الأزهرى": نهى عن ضربة للغائص، وهو الغواص، يقول: أغوص غوصة، فما أخرجته من اللآلى فهو لك بكذا، وهو بيع باطل، لعدم ملك البائع المبيع قبل العقد، فكان غررا لجهالة ما يخرج. (البحر)

(٤) قوله: "والمزابنة" أى ولا يجوز بيع المزابنة، وهو من إضافة الأعم إلى أخصه، ولا يسميهما بعض المتأخرين إضافة بيانية، وهى بيع تمر مجذوذ أى مقطوع بمثله على النخل خرصًا، أى تقديرا أو حرزًا، وقال الشافعى رضى الله عنه: يجوز بيع المزابنة فيما دون خمسة أوسق؛ لما فى الصحيحين عن داود بن الحصين عن أبى سفيان عن أبى هريرة: "أن النبى ﷺ رخّص فى بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق -أو فى خمسة- شك داود، وقال: دون خمسة أو فى خمسة".

ولنا قوله ﷺ: «التمر بالتمر مثلا بمثل»، وما على النخل تمر، فلا يجوز بيعه بالتمر إلا كذلك، وأما العرية التى فيها الرخصة فهى العطية دون البيع، وبه قال مالك، وتفسيرها أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لإنسان، ثم يشق عليه الدخول فى بستانه كل يوم، ولا يرضى بالخلف فى الوعد، والرجوع فى الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذًا بالخرص ليدفع به ضرره عن نفسه، وهذا جائز عندنا؛ لأن الموهوب لا يصير ملكًا للموهوب له ما دام متصلا بملك، فما يعطيه من التمر لا يكون

عوضًا، بل هبة مبتدأة، وإنما سمى بيعًا مجازًا؛ لأنه فى صورة، ثم ذلك المروى اتفق أنه كان أقل من خمسة أوسق، أو خمسة أوسق، فظن الراوى أن الرخصة مقصورة على ذلك القدر. (شرح النقاية ملخّصًا)

(٥) قوله: "والملامسة" أى ولا يجوز بيع الملامسة ولا بيع إلقاء الحجر ولا بيع المنابذة؛ لأن فى كل واحد من هذه البياعات تعليق الملك بالخطر، وفيه معنى القمار، وقد كان فى الجاهلية يتساوم الرجلان السلعة، فإذا لمسها المشترى أو نبذها إليه البائع، أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع، فالأول الملامسة، والثانى المنابذة، والثالث إلقاء الحجر.
روى مسلم والبخارى من حديث أبى سعيد الخدرى: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع الملامسة والمنابذة فى البيع»، أو الملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالقبول بالنهار، ولا بقبله لا بذلك، والمنابذة أن ينبذ الرجل إلى الرجل ثوبه، وينبذ الآخر إليه ثوبه، ويكون ذلك بيعهما من غير نظر، ولا تراضٍ. (شرح النقاية مع زيادة)

(٦) قوله: "وثوب" أى ولم يجز أيضًا بيع ثوب من ثوبين لجهالة المبيع، وتقدم فى خيار الشرط أنه إذا جعل للمشترى خيار التعيين جاز فيما دون الثلاثة، فلذا أطلقه هنا. (البحر والعينى)

(٧) قوله: "والمراعى [جمع مرعى: وهو ما ترعاه الدوابّ]" أى لا يجوز بيع الكلأ وإجارته، أما البيع فلأنه رد على ما لا يملكه لاشتراك الناس فيه بالحديث: الناس شركاء فى ثلاث، فى الماء والكلأ والنار، وأما الإجارة فلأنها عقدت على استهلاك عين مباح، واعقدت على استهلاك عين مملوكة بأن استأجره بقرة ليشرب لبنها لا يجوز، فهذا أولى، قيد بالمراعى بمعنى الكلأ؛ لأن بيع رقبة الأرض وإجارتها جائزان. (البحر)

(٨) قوله: "والنحل" أى لم يجر بيعه، وهذا على قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى□ وقال محمد رحمه الله تعالى: لا يجوز إذا كان محرزًا؛ لأنه منتفع به حقيقة، وغيرها يجوز بيعه، وإن كان لا يؤكل، كالبغل والحمار، ولهما أنه من الهوامّ، فلا يجوز بيعه كالزنابير، والانتفاع بما يخرج مهلا بعينه، فلا يكون منتفعًا به قبل الخروج، أطلقه فشمل ما إذا كان بيع بيعًا للكوارت، وفيها عمل، وهو قول الكرخى، وفى "الذخيرة": الفتوى على قول محمد رحمه الله تعالى. (البحر وشرح النقاية)

(٩) قوله: "ويباع" أما الدُود فلا يجوز بيعه عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأنه من الهوام، وعند أبى يوسف يجوز إذا ظهر فيه القز تبعًا، وعند محمد يجوز كيف ما كان؛ لكونه منتفعًا به، وأما بيضه فلا يجوز بيعه عند أبى حنيفة، وعندهما يجوز لمكان الضرورة، وقبل أبى يوسف مع أبى حنيفة، كما فى دوده، وإنما اختار المؤلف قول محمد فى الدود والبيض لكونه المفتى به، ولكن يرد عليه أن الفتوى على قول محمد أيضًا فى بيع النحل، كما فى "الذخيرة" و"الخلاصة"، فلم اختار قوله فى الدود دون النحل بلا مرجح، ولعله لم يطلع على أن الفتوى على قوله فيهما، وفى "المصباح": القز معرب، قال الليث: هو ما يعمل منه الإبريسم، ولهذا قال بعضهم: القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق، وأما الخز فاسم دابة ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها، والجمع خزان، صيد بالنحل والدود؛ لأن ما سواهما من الهوامّ

البائع
دودُ القَزّ وبيضُه، والآبق[1] إلا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده،
عند أبي يوسف يكره ذلك، وهو الصحيح
ولبن[2] امرأة وشعر[3] الخنزير، وينتفع[4] به للخرز، وشعر[5]

كالحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب لا يجوز بيعه اتفاقًا. (البحر)

(١) قوله: "والآبق [بالجر عطف على ما قبل دود القز، أي لم يجز أيضًا بيع العبد الآبق]" ولا يجوز بيع الآبق لورود النهي إلا ممن يزعم أنه، أي الآبق عنده، فإنه حينئذٍ يجوز؛ لأن النهي عنه بيع آبق في حق المتعاقدين، وهو غير آبق في حق المشتري؛ ولأنه انتفى العجز لكونه مقبوضًا، وصرح بفساد هذا البيع في الدرّ وغيره، لكن في البحر صرح ببطلانه لانعدام المحلية، ولو باعه، ثم عاد من الإباق لا يتم ذلك العقد. (المجمع)

(٢) قوله: "ولبن" بالجر أي لم يجز بيع لبن المرأة؛ لأنه جزء الآدمي، وهو بجميع أجزاءه مكرم مصون عن الابتذال بالبيع، أطلقه، فشمل لبن الحرة والأمة، وهو ظاهر الرواية، وعن أبي يوسف يجوز بيع لبن الأمة لجواز إيراد البيع على نفسها، فكذا على جزءها.
قلنا: الزق حل نفسها فأما اللبن فلا رق فيه؛ لأن يختص بمحل يتحقق فيه القوة التي ضد وهي الحي، ولا حياة في اللبن، فلا يكون محلا للعتق، ولا للرق، فكذا البيع، فشمل ما إذا كان في إناء أولا، والأولى أن يقيد مراده بما إذا كان في وعاء، كما قيده في "الهداية"؛ لأن حكم اللبن في الفرع قد تقدم. (البحر)

(٣) قوله: "وشعر" أي لم يجز بيعه إهانةً له، لكونه نجس العين، كأصله، فالبيع هنا لو جاز لكان إعزازًا، وقد أمرنا بالإهانة، وفي لبن المرأة لو جاز لكان إهانة لها، وقد أمرنا بإعزاز الآدمي، فالفعل الواحد وهو البيع هنا يجوز إن أخر مثلا إذ أمر السلطان بعض الغلمان بالوقوف عند الفرس بحضرته، كان إعزازًا له، ولو أمر القاضي بذلك كان إهانة له، وحاصله أن جواز بيع المهان إعزاز له، وجواز بيع المكرم إهانة له. (البحر)

(٤) قوله: "وينتفع" أي يجوز الانتفاع بشعر الخنزير دفعًا لما يتوهم من منع بيعه، ولكنه مقيد بالخرز للضرورة، فإن ذلك العمل لا يتأتى بدونه، ويوجد مباحًا فلا حاجة إلى القول بجواز بيعه وشراءه حتى لو لم يوجد لم يكره شراءه للأساكفة للحاجة، وكره بيعه لعدمهما، كما أفتى به الفقيه أبو الليث، وظاهر كلامهم منع الانتفاع به عند عدم الضرورة، بأن أمكن الخرز بغيره، ولذا قيل: لا ضرورة إلى الخرز به لإمكانه بغيره، وكان ابن سيرين لا يلبس خفا حرز بشعر الخنزير فعلن هذا لا يجوز، ولا الانتفاع به. (البحر)

(٥) قوله: وشعر" أي ولم يجز أيضًا بيع شعر الإنسان، ولا الانتفاع به؛ لأن الآدمي مكرم بجميع أجزاءه يتقيل. (الكشف والزيلعي)

أيضاً
الإنسان، والانتفاع به، وجلد(١) الميتة قبل الدّبغ، وبعده يُباع
إلا جلد إنسان وخنزير وحيه كما يجوز بيع عظم بالضم معروف
وينتفع به، كعظم(٢) الميتة وعَصَبها وصوفها وقرنها ووبرها(٣)،
أى ولا يجوز بيع المسيل وهبته أى ولم
وعلـو(٤) سقـط والمسيل(٥) وهبتـه وأمـةٍ(٦) تبيّنَ أنه

(١) قوله: "وجلد" أى ولم يجز أيضًا بيع جلد الميتة قبل دبغه لحرمة الانتفاع به؛ لقوله عليه السلام: «لا ينتفعن المص الميتة بإهاب»، وهو اسم لغير المدبوغ، وأما بعد الدبغ فيباع وينتفع به لطهارته؛ لما فى الصحيح مسلم عن ابن عباس قال: "تصدق على مولاة للميمونة بشاة فماتت فمر بها رسول الله ﷺ فقال: هلاّ أخذتم إهابها فدبغتموه، فانتفعتم به، فقالوا: إنها ميتة، فقال: إنما حرم أكلها". (شرح النقاية زيادة)

(٢) قوله: "كعظم" أى يجوز بيعها والانتفاع بها؛ لأنها طاهرة لا يحلها الموت لعدم الحياة، والفيل كالخنزير نجس العين عند محمد، وعندهما بمنزلة السباع حتى يباع عظمه، وينتفع به، ويجيز بيع القرد على المختار. (البحر بحذف)

(٣) محركة الواو أي: صوف الإبل والأرانب ونحوها.

(٤) قوله: "وعلو" أى لم يجز بيع علو بعد انهدامه؛ لأن الباقى بعد سقوطه حتى التعلى، وهو ليس بمال؛ لأن المال ما يمكن إحرازه، والمال هو المحل للبيع، بخلاف الشرب حيث يجوز بيعه تبعًا للأرض باتفاقات الروايات، ومفردًا فى رواية، وهو اختيار مشايخ بلخ؛ لأنه حظ من الماء، ولهذا يضمن بالإتلاف، وله قسط من الثمن. (البحر)

(٥) قوله: "والمسيل" فى "الهداية": بيع الطريق وهبته جائز، وبيع مسيل الماء وهبته باطل، والمسألة تحتمل وجهين: بيع رقبة الطريق والمسيل، وبيع حق المرور والتسييل، فإن كان المراد الأول فوجه الفرق بين المسألتين أن الطريق معلوم؛ لأن له طولا عرضًا معلومًا، أما المسيل فمجهول؛ لأنه لا يدرى قدر ما يشغله من الماء، وإن كان الثانى ففى بيع حق المرور روايتان، وجه الفرق على أحدهما بينه وبين حق التسييل أن حق المرور معلوم لتعلقه بمحل معلوم، وهو الطريق وأما المسيل على السطح فهو حق التعلى، وعلى الأرض مجهول لجهالة محله، ووجه الفرق بين حق المرور وحق التعلى على إحدى الروايتين أن حق التعلى يتعلق بعين لا تبقى، وهو البناء، فأشبه المنافع، أما حق المرور يتعلق بعين تبقى وهو الأرضية، فأشبه الأعيان. (البحر)

(٦) قوله: "وأمة" أى لو اشترى أو باع شخصًا على أنه أمة، فتبين أنه عبد، أو على أنه عبد فتبين أنه أمة، لم يجز البيع استحسانًا، والقياس جوازه، وهو قول زفر؛ لأن الاختلاف بالذكورة والأنوثة اختلاف بالوصف؛ لأنهما صنفان فى الحيوان، واختلاف يوجب الخيار لا الفساد، وكما فى البهائم، وجه الاستحسان الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان لتفاحش التفاوت فى المقاصد، فإن المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار، ومن الأمة الاستخدام داخل الدار، كالاستفراش والاستخدام وغيرهما،

ف أى قبل أن يقبض البائع الثمن أى بأقل من الثمن وهو ما لو اشترى عبدا فإذا هى أمة.
عبدٌ، وكذا عكسه وشراءُ[1] ما باع بالأقل قبل النقد، وصح[2]
أى إلى المشتَري بفتح الراء عطف على ما لا يجوز من البيوع
فيما ضم إليه، وزيت[3] على أن يزنه بظرفه، ويطرح عنه
البيع المشترى
مكان كل ظرف خمسين رطلا، وصح لو شرط أن يطرح عنه

فباختلاف المقاصد صار جنسين مختلفين. (الزيلعى والمجمع)

(١) قوله: "شراء [أى ولم يجز أيضًا شراء... إلخ]" أى ولا يجيز شراء البائع لنفسه أو لغيره من المشترى إلا من وكيل، أو من وارثه ما باع بثمن حال أو مؤجل بنفسه، أو بوكيله بأقل مما باع قبل نقد ثمنه الأول إن كان المبيع لم ينقص ذاته، واتحد الثمنان جنسًا.

ومعناه أنه لو باع شيئًا، وقبضه المشترى، ولم يقبض البائع الثمن، فاشتراه بأقل من الثمن الأول لا يجوز، وقال الشافعى: يجوز؛ لأن الملك ثم بقبض المبيع، فصار شراء البائع بأقل كشراء غيره به، كشراء بمثل الثمن الأول، أو بأكثر منه.

ولنا ما روى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن معمر، والثورى عن أبى إسحاق السبعى عن امرأة أنها دخلت على عائشة فى نسوة، فسألتها امرأة فقالت: يا أم المؤمنين: كانت لى جارية فبعتها من زيد بن أرقم بثمانمائة إلى العطاء، ثم ابتعتها منه بسبعمائة، فتقدمت الست مائة، وكتبت عليه ثمانمائة، فقالت عائشة: بئس ما اشتريت وبئس ما اشترى، أخبرى زيد بن أرقم أنه أبطل جهاده مع رسول الله ﷺ إلا أن يتوب، فقالت المرأة لعائشة: أرأيت إن أخذت رأس مالى، ورددت عليه الفضولى، فقالت عائشة: نص عليهم وعظة من ربه، فانتهى فله ما سلف.

فهذا الوعيد الشديد يدل على فساد هذا العقد، وإلحاق هذا الوعيد بهذا الصنع الأكيد لا يهتدى إليه العقل، فدل ذلك على أنها قالته سماعًا، وقال ابن الجوزى: قالوا: العالية امرأة مجهولة لا يقبل خبرها، قلنا: بل هى معروفة جليلة القدر، ذكرها ابن سعد فى "الطبقات". (شرح النقاية والزيلعى)

(٢) قوله: "وصح" أى صح البيع فيما ضم إلى المشترى -بفتح الراء- (عز) بأن اشترى مثلا جاريةً بألف، ثم باعها وأخرى معها بألف من البائع قبل نفذ الثمن جاز البيع فى التى لم يشترها من البائع، ويفسد فى الأخرى؛ لأنه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه، فيكون مشتريًا للأخرى بأقل مما باع، وهو فاسد لا يشيع الفساد؛ لأنه ضعيف فيها لكونه مجتهدًا فيه حتى لو قضى القاضى بجوازه صح. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وزيت" أى لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على أن يزنه بظرفه، ويطرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلا، ويجوز إن شرط أن يطرح بوزن الظرف؛ لأن الشرط الأول لا يقتضيه العقد، والثانى يقتضيه، وهذا لأن مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف، فإذا طرح خمسين مثلا يحتمل أن يكون أكثر من الظرف، أو أقل، إذا عرف أن وزنه خمسون رطلا حينئذٍ يجوز؛ لأنه يقتضيه العقد. (الزيلعى)

المتبايعان أى فى وزن الزق تعيينه لأن ينكر الزيادة
بوزن الظرف، وإن(١) اختلفا فى الزق، فالقول للمشترى، ولو
مسلم أى أو أمره بيع خمر. عطف على ما يجوز من البيوع فيما مضى
أمر ذميا بشراء خمر، أو بيعها صح(٢)، وأمة(٣) على أن
الأمة
يُعتق المشترى، أو يُدبر، أو يُكاتب، أو يستولد، إلا(٤) حملها،

---

(١) قوله: "وإن" بيانه أنه لو اشترى ثمنًا فى زق فرد المشترى الزق، وهو عشرة أرطال، فقال البائع: الزق غير هذا، وهو كان خمسة أرطال، فالقول قول المشترى مع يمينه؛ لأنه إن اعتبر اختلافًا فى تعيين الزق المقبوض فالقول قول القابض ضمنًا كان أو أمينًا، وإن اعتبر اختلافًا فى الثمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى الثمن، فيكون القول للمشترى؛ لأنه ينكر الزيادة، وإذا برهن البائع قبلت بينته. (الزيلعى والبحر)

(٢) قوله: "صح" وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: لا يجوز لهما؛ لأن المؤكل لا يوليه غيره؛ ولأبى حنيفة أن العاقد هو الوكيل بأهليته ولاية، وانتقال الملك إلى الآمر أمر حكمى، فلا يمنع بسبب الإسلام، ألا ترى أنه يملك الخمر والخنزير بالإرث بأن كان للذمى فأسلم فمات قبل أن يسيب الخنزير، ويخلل الخمر، يرثه ورثته المسلمون، بخلاف توكيل المسلم المجوسى أن يزوجه المجوسية؛ لأنه سفير ومعبر فيه، فيكون مضافًا إلى الموكل، وقولهما: إنه لا يليه فلا يوليه غيره، منقوض بمسائل: منها: أن رجلا لو توكل عن غيره بشراء عبد بعينه، لا يملك أن يشتريه لنفسه، فلو وكل من يشتريه له، فاشتراه له ملكه، وقد روى عن أبى حنيفة أن هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة، وهى ليس إلا كراهة التحريم، فأى فائدة فى الصحة. (الزيلعى والبحر)

(٣) قوله: "وأمة" أى لا يجوز بيع أمته على أن يفعل بها المشترى شيئًا من هذه الأشياء؛ لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط، والأصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد، وهو غير ملائم له، ولم يرد الشرع بجوازه، ولم يجر التعامل فيه، وفيه منفعة لأهل الاستحقاق مفسد لما روينا، فإن شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشترى، أو شرط فيه الملائم للعقد كالرهن، والكفالة جاز؛ لأنهما للتوثقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة، لأن استيفاء الثمن مقتضى العقد، ومؤكده ملائم له إذا كان معلومًا، بأن كان الرهن والكفالة معينين، أو شرطا فيه ما ورد الشرع بجوازه، كالخيار والأجل، أو شرط فيه ما جرى التعامل بين الناس، كشراء النعل على أن يحذوها البائع، أو يشركها أو شرط فيه ما لا منفعة فيه لأهل الاستحقاق هو البائع والمشترى والمبيع والآدمى والأجنبى، لا يفسد البيع لورود الشرع به، أو التعامل، أو لكونه ملائمًا وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض، فيفضى إلى الربا. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإلا" أى لا يجوز بيع أمة إلا حملها؛ لأن ما لا يصح إفراده بالعقد لا يصح استثناءه منه، والحمل لا يجوز إفراده بالبيع، فكذا استثناءه؛ لأنه بمنزلة الأطراف، فكان شرطا فاسدًا، وفيه مشفعة للبائع فيفسد البيع. (الزيلعى)

أي لو باع على أن يستخدم البائع فيه شهراً مثلا — أي أو باع داراً...إلخ
أو يستخدم البائع شهراً، أو داراً على أن يسكن، أو يقرض
للبائع — والمبيع — أي على أن يهدى...إلخ
المشترى درهماً، أو يهدى له، أو لا يسلمه إلى كذا، وثوب
أي إلى شهر مثلا
على أن يقطعه البائع، ويخيطه(١) قميصا، وصحّ(٢) بيع نعل
على أن يحذوه(٣)، أو يشركه(٤)، لا(٥) البيع إلى النيروز
وصومهم — وفطرهم
والمهرجان(٦) وصوم النصارى، وفطر اليهود إن لم يدر
معاً، وهوقطع الزرع
العاقدان ذلك، وإلى(٧) قدوم الحاجّ والحصاد
وهو قطع العنب من الكرم من قطف العنب جناه. — المذكورة — التكفيل
والدياسة(٨) والقطاف، ولو كفّل إلى هذه الأوقات صحّ(٩).

---

(١) قوله: "ويخيطه" أي يفسد البيع في جميع هذه الصور؛ لأن هذه الشروط لا يقتضيها العقد، وفيه منفعة لأحدهما. (عز)

(٢) قوله: "وصح" والقياس فساده لما فيه من النفع للمشترى مع كون العقد لا يقتضيه، وما ذكره جواب الاستحسان للتعامل في الخروج عن العادة حرج بين بخلاف اشتراط خياطة الثوب لعدم العادة، فبقى على أصل القياس. (البحر)

(٣) أراد به الصرم، وهو تسمية الشيء باسم ما يؤول إليه.

(٤) من الشريك وهو وضع الشراك على النعل، وهو السير الذي على ظهر القدم.

(٥) قوله: "لا" يعني لا يجوز البيع إلى هذه الآجال؛ لأنها مجهولة، فتفضي إلى المنازعة، إلا إذا كانا يعرفانه لكونه معلومًا عندهما، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعد ما شرعوا في صومهم بالأيام؛ لأن صومهم بالأيام معلوم، فلا جهالة فيه. (البحر والزيلعي)

(٦) بكسر الميم وسكون الهاء كلمتان ومعناهما بعد التركيب محبة الروح. (ط)

(٧) قوله: "وإلى" أي لا يجوز البيع إلى هذه الآجال؛ لأنها تتقدم وتتأخر. (البحر)

(٨) أصله بالواو؛ لأنه من الدرس، قلبت الواو ياء لكسرة ما قبلها، وهو وطء المحصود بقوائم الدواب في البيدر. (الطحطاوي)

(٩) قوله: "صح" أي وتصح الكفالة إلى هذه الأوقات؛ لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة، وهذه الجهالة يسيرة مستدركة لاختلاف الصحابة فيها، ولأنه معلوم الأصل، ألا ترى أنها تحتمل الجهالة

وإن(١) [المشترى] أسقط الأجل [المضروب إلى هذه الأوقات] قبل حلوله صح [البيع]، ومن جمع [فى البيع] بين حرٍّ وعبد، أو [أى أو جمع بين شاة...إلخ] بين شاةٍ ذكية وميتة بطل(٢) البيع فيهما(٣)، وإن جمع [فى البيع] بين عبد ومدبر، أو [أى أو جمع...إلخ] بين عبده وعبد غيره، أو [أى أو جمع...إلخ] بين ملكٍ ووقفٍ

فى أصل الثمن، بأن تكفل بما ذاب على فلان، ففى الوصف أولا بخلاف البيع، فإنه لا يحتملهما فى أصل الثمن، فكذا فى وصفه، قيد بهذه الأوقات لأنه لو كفل إلى هبوب الريح، فهى باطلة؛ لأنها متفاحشة. (البحر والمجمع)

(١) قوله: "وإن" أى لو باع إلى هذه الآجال ثم أسقط المشترى الآجال قبل أن يأخذ الناس فى الحصاد والدياس، وقبل قدوم الحاج، جاز البيع؛ لأن الفساد كان للمنازعة، وقد ارتفع قبل تقرره، وهذه الجهالة فى شرط زائد لا فى صلب العقد، فيمكن إسقاطه، بخلاف بيع الدرهم بالدرهمين لا ينقلب صحيحًا بإسقاط الدرهم الزائد؛ لأن الفساد فى صلب العقد، وبخلاف إسقاط الأجل فى النكاح المؤقت، لكونه متعة وهو غير عقد النكاح. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "بطل" إلى قوله الملك، أما الأول فهو قول أبى حنيفة، وقال: يصح إن سمى لكل واحد ثمنا، وأفسد البيع زفر فى الكل، فالأصل عنده أنه إذا جمع بين حل وحرام، فإنه يفسد فى الكل، فصل أولا وقاس الثانى على الأول، إذ محلية البيع منتفية بالإضافة إلى الكل.

ولهما أن الفساد بقدر المفسد، فلا يتعدى إلى القن، كمن جمع بين أجنبية وأخته فى النكاح، بخلاف ما إذا لم يسم ثمن كل واحد منهما للجهالة.

ولأبى حنيفة وهو الفرق بين الفصلين أن الحر لا يدخل تحت العقد أصلا؛ لأنه ليس بمال، والبيع صفقة واحدة، فكان القبول فى الحر شرطًا للبيع فى العبد، وهذا شرط فاسد، بخلاف النكاح؛ لأنه لا يبطل بالشروط الفاسدة، أما البيع فى هؤلاء فموقوف، وقد دخلوا تحت العقد لقيام المالية، ولذا ينعقد فى عبد الغير بإجازته، وفى المكاتب برضاه فى الأصح، وفى المدبر بقضاء القاضى، وكذا فى أم الولد عند أبى حنيفة وأبى يوسف إلا أن المالك باستحقاقه المبيع، وهؤلاء باستحقاقهم أنفسهم ردوا البيع، فكان هذا إشارة إلى البقاء.

كما إذا اشترى عبدين، وهلك أحدهما قبل القبض، وهذا لا يكون شرط القبول فى غير المبيع، ولا بيعًا بالحصة ابتداء، ولهذا لا يشترط بيان لثمن كل واحد فيه، وفيما إذا جمع بين ملك ووقف روايتان، وما ذكره المؤلف هو الصحيح؛ لأن الوقف مال، وهذا ينتفع به انتفاع الأموال غير أنه لا يباع لأجل حق تعلق به، وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم إليه كالمدبر. (البحر ملخّصًا)

(٣) أى فى الحر والعبد، أو فى الشاة الذكية والميتة.

البيع بالحصة من الثمن فيما إذا جمع عبده ومدبره
صح فى القن وعبده[١] والملك[٢].

فى البيع الفاسد
فصل[٣]

وقبل القبض لا يفيد الملك — احترازعن الباطل، فإنه لا يفيد الملك.
وإذا قبض[٤] المشترى المبيع فى البيع الفاسد بأمر
فعليه التوبة منهما — حالية — أى عوضى البيع، وهما الثمن والمبيع
البائع[٥]، وكل من عوضيه مال ملك المبيع
يوم قبضه لو قيميًا، وبمثله لو مثليًا (ك ف د) — أى من المتبايعين فى البيع الفاسد.
بقيمته، ولكل[٦] منهما فسخه إلا[٧] أن

---

(١) أى وصح أيضًا فى عبده فيما إذا جمع بين عبده وعبد غيره.

(٢) أى وصح أيضًا فى الملك فيما إذا جمع بين ملك ووقف.

(٣) قوله: "فصل" لما ذكر البيع الفاسد والباطل ذكر حكمهما عقبهما؛ لأن حكم الشيء أثره، وأثر الشيء يتبعه وجودًا، وكذا يتبعه ذكرًا للمناسبة. (المجمع)

(٤) قوله: "قبض" معناه أنه إذا قبضه ملكه ولزمه قيمته إذا كان القبض بأمر البائع، وفى العقد عوضان، وكل واحد منهما مال، وقال مالك والشافعى وأحمد رحمهم الله: لا يملكه؛ لأن البيع الفاسد محظور لكونه منهيا عنه، والنهى يقتضى التحريم، والملك نعمة لكونه ذريعة إلى قضاء المآرب، ووسيلة إلى درك المطالب، والنعمة لا تناط بالمحظور لاشتراط الملايمة بين المناط والمناط به.
ولنا أن ملزوم الملك وهو البيع تحقق، فيتحقق الملك؛ لأن البيع الفاسد بيع حقيقة لصدور ركنه، وهو مبادلة المال بالمال بالتراضى من أهل، فإن أهل الشيء من يكون قادرا عليه، وهو قادر عليه لتندفع به حاجته مضافًا إلى محل قابل لحكمه، إذ الكلام فيه، فيترتب حكمه، وهو الملك والنعمة أى الملك ما أنيطت بالمحظور، بل بالبيع، وهو غير محظور، إنما المحظور ما يتصل به من الشرط الفاسد ونحوه، كما فى البيع وقت النداء، فإن النهى ورد فيه لمعنى فى غير البيع، وهو الاشتغال عن السعى بسبب البيع، والاشتغال عن السعى غير البيع، وإنما شرط أن يكون كل من عوضيه مالا ليثبت ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال يشترط أيضًا أن لا يكون للبائع خيار الشرط؛ لأن شرط الخيار يمنع الملك فى البيع الجائز، ففى الفاسد أولى، وإنما لم يطئ الجارية ولا أكل الطعام؛ لأن فى كل منهما أعراضًا عما هو واجب عليه، وهو الرد. (شرح النقاية والزيلعى)

(٥) المراد به إذنه؛ لأنه بغير إذنه لا يفيد الملك.

(٦) قوله: "ولكل" أى يجوز لكل من البائع والمشترى فى البيع الفاسد فسخه رفعًا للفساد. (البحر)

(٧) قوله: "إلا" استثناء من الملك، وشروع فيما يمنع الرد والفسخ، وههنا صور: الأولى: أنه

الذي اشتراه بالبيع الفاسد. للمشترى
يبيع المشترى، أو يهب[١] أو يُحرّر[٢] أو يبنى[٣]، وله[٤] أن
إذا تفاسخا بعد قبض العوضين
يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه، وطاب[٥] للبائع
الذى ربح فى البيع الفاسد أى لا يطيب للمشترى ما ربح أى المدعى
ما ربح لا للمشترى، ولو ادعى على آخر دراهم فقضاها إياه

اشترى رجل شيئًا شراءً فاسدًا ثم باع ما شراه بيعًا تامًا صحيحًا -قيد به صاحب التنوير- . (مجمع)

والثانية: أنه أعتق المشترى شراء فاسدًا العبد بعد قبضه، وكذا حكم توابع الإعتاق من التدبير والاستيلاد والكتابة.

والثالثة: أنه وهبه المشترى وسلمه يرتفع الفساد فى جميع هذه الصور، وسقط لكل من البيع والإعتاق والهبة حق الفسخ الذى كان للبائع؛ لأن المشترى ملك المبيع بالقبض، فنفذ فيه تصرفاته المذكورة، وينقطع به حق البائع فى الاسترداد، ولأنه تعلق به حق العبد، والفسخ لحق الشرع، وما اجتمع حق الله تعالى وحق العبد إلا وقد غلب حق العبد لحاجته، وغناء الله تعالى. (محمد إعزاز على رحمه الله)

(١) بأن كان عبدًا مثلا فوهبه لشخص.

(٢) بأن كان المبيع عبدًا فأعتقه.

(٣) المشترى بأن كان عقارا فبنى فيه.

(٤) قوله: "وله" يعنى إذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشترى أن يحبس المبيع حتى يردّ البائع الثمن الذى قبضه؛ لأن المبيع مقابل به، فيصير محبوسا به كالرهن، أشار المؤلف إلى أن البائع إذا مات كان المشترى أحق به حتى يستوفى الثمن؛ لأنه يقدم عليه حياته، فكذا على ورثته وغرماءه بعد وفاته كالراهن. (البحر والزيلعى)

(٥) قوله: "وطاب" أى لو اشترى شيئًا يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير، وربح كل واحد منهما طاب للبائع، وربح فى الثمن، ولم يطب للمشترى ما ربح فى المبيع؛ لأن العقد يتعلق بما يتعين، فيتمكن الخبث فيه، ولا يتعلق العقد الثانى بما لا يتعين، بل يجب مثله فى الذمة، فلم يتمكن الخبث فيه، فلا يجب التصدق به حتى لو اشترى أمة شراء فاسدًا بألف درهم، وتقابضا وربح كل واحد منهما فيهما، قبض طاب للبائع ما ربح فى الثمن، ولم يطب للمشترى ما ربح فى الأمة مما يتعين، فيتعلق العقد بعينها، فيتمكن الخبث فى ربحها، فيتصدق به، والدراهم والدنانير لا يتعينان فى العقود، فلا يتعلق بعينها، فلا يتمكن الخبث، وربحهما هذا فى الخبث لفساد الملك، وإن كان الخبث لعدم الملك، ففيه خلاف مذكور فى "المطولات". (الزيلعى وشرح النقاية مع تغيّر ومحمد إعزاز على رحمه الله)

أي المدعي والمدعى عليه — أي المدعى عليه
ثم تصادقا أنه لا شيء له عليه[١] طاب له[٢] ربحه[٣].

فصل[٤]

تحريمًا — أي وكره تحريمًا — أي وكره تحريمًا
وكُرِه[٥] النَّجَشُ[٦] والسوم[٧] على سَوم غيره، وتلقى الجَلَب[٨]، وبيع[٩] الحاضر للبادى، والبيع[١٠] عند آذان الجمعة، لا[١١] بيع من يزيد، ولا يفرق[١٢] بين صغير وذى رحم محرم

أي وكره أيضًا — أي وكره أيضًا — أي لا يكره — البائع في البيع — كالأب والابن والأم

(١) من ملك الدراهم التى ادعى بها عليه.

(٢) قوله: "طاب له ربحه" لأن الخبث لفساد الملك ههنا؛ لأن الدين وجب بالتسمية، ثم استحق بالتصادق، وبدل المستحق مملوك، فلا يعمى فيما لا يتعين، ألا ترى أنه لو باع عبدًا بجارية، فأعتقه المشترى، ثم استحقت الجارية، لا يبطل العتق فى العبد، ولو لا أنه مملوك لبطل لأنه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم. (البحر)

(٣) أي للمدعى الذى قبض الدراهم وربح فيها.

(٤) قوله: "فصل" لما كان المكروه أوفى درجة من الفاسد، ولكنه شعبة من شعبه، ألحق بالفاسد وأخره عنه. (المجمع)

(٥) فى بيان أحكام تصرفات البائع والمشترى فى الثمن والمبيع وفيما يكره من البيوع وما لا يكره. (العينى)

(٦) قوله: "النجش" وهو بفتحتين وبسكون الجيم أيضًا، أن يزيد الثمن بأكثر من ثمن المثل، ولا يريد الشراء لترغيب غيره، وإنما كره لقوله عليه الصلاة والسلام: لا تناجشوا، رواه فى "الصحيحين"، والنهى فيما إذا طلب الراغب بمثل الثمن، وإلا فلا بأس. (محمد إعزاز غفر له)

(٧) قوله: "والسوم" أي وكره السوم أي الاستشراء بثمن كثير على سوم غيره، أي الاستشراء غيره بثمن قليل إذا رضيا ظرف السوم بثمن معلوم، ولم يبقَ بينهما إلا العقد، قال عليه الصلاة والسلام: «لا يستام الرجل على سوم أخيه»، والحديث فى "الصحيحين"، ولأن فى ذلك إيحاشًا، وإضرارًا، وهذا إذا تراضيا على مبلغ ثمن، وأما إذا لم يركن أحدهما إلى الآخر، فهو بيع من يزيد، فلا بأس. (المجمع والكشف)

(٨) قوله: "وتلقى الجلب" صورته: أن واحدًا من المصر أخبر بمجيء قافلة عظيمة، وأهل المصر فى قحط وجدب، فتلقى ذلك الواحد ويشترى منهم جميع ما يمتارون، ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن، ولو تركهم فأدخلوا ميرتهم بأنفسهم وباعوها من أهل المصر بتفرقة توسع أهل المصر

حيث يجوز التفريق بينهما
منه، بخلاف[١] الكبيرين والزوجين.

بذلك، فإذا كان الأمر كما وصفنا فهو مكروه، وإن كان أهل المصر لا يتضرّرون بذلك فلا يكره، وفي "الصحيحين": «نهى النبي ﷺ عن تلقي الجلب وأن يبيع حاضر لبادٍ». (الشلبي) وفي الزيلعي: إن كان لا يضرهم فلا بأس به إلا إذا لبس السعر على الواردين.

(٩) قوله: "وبيع" أي وكره تحريما بيع الحاضر للبادي لما تقدم من النهي، وهو مقيد، كما في "الهداية" بما إذاكان أهل البلد في قحط وعوز، وهو يبيع من أهل البلد طمعًا في الثمن العالي لما فيه من الإضرار بهم، أما إذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر، وفسّره في الاختيار بأن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب آه، فعلى الأول الحاضر مالك بائع، والبادي مشترٍ، وعلى الثاني الحاضر سمسار، والبادي صاحب السلعة، ويشهد للثاني آخر الحديث: «دعوا الناس يرزق الله بعضهم بعضًا». (البحر والطائي)

(١٠) قوله: "والبيع" أي وكره البيع وقت نداء الجمعة لقوله تعالى: ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ ولأن فيه إخلالا بالواجب، وهو السعي إذا قعد للبيع، أو وقفًا له، قيل: ولو تبايعا وهما يمشيان لا بأس به، وهذا مشكل، فإن الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقًا، ثم المعتبر هو النداء الأول إذا وقع بعد الزوال على المختار، وإنما كره البيع في جميع هذه الصور، ولم يفسد خلافًا لمالك؛ لأن النهي عنها لمجاور للبيع، لا في صلبه، ولا في شرط صحته، والنهي الوارد لمعنى مجاور لا يقتضي الفساد بل يقتضي الكراهة. (شرح النقاية)

(١١) قوله: "لا" أي لا يكره؛ لأنه عليه الصلاة والسلام باع قدحًا وبالتحريك إناء يروى الرجلين أو اسم يجمع الكبار والصغار، وحلسار -بالكسر ويحرك- كساء على ظهر البعير تحت البرذعة، ويبسط تحت والثياب في البيت يبيع من يزيد، رواه أصحاب السنن الأربعة. (الكشف بتغيّر)

(١٢) قوله: "ولا يفرق" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من فرّق بين والدة وولدها فرّق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»، رواه الترمذي وقال: حسن غريب، ولأن الصغيرين يستأنسان، والكبير يتعاهد الصغير، وفي بيع أحدهما يفوتان، وفيه ترك الرحمة على الصغار، وقد أوعد عليه، ثم النص معلول بالقرابة المحرمة للنكاح؛ لأنه معلول بالاستئناس والتعاهد، وهما يكونان بالقرابة المحرمة، وإلحاق سائر المحارم بالأخوين والوالد بالوالدة بالدلالة، فلا يدخل في محرم غير قريب ولا قريب غير محرم، فالأول كالمحرم بالرضاع، والثاني كابن العم. (الكشف بتغيّر)

ويصح البيع هنا أيضًا؛ لأن النهي لمعنى في غيره، وهو ما فيه من إيحاش الصغير، فلا يوجب الفساد، لكن يأثم البائع لارتكابه المنهي. (المجمع)

(١) قوله: "بخلاف" لأنه ليس في معنى ما ورد به النص، وقد صح أنه ﷺ فرق بين مارية وسيرين، وكانتا كبيرتين أختين، ولا يدخل الزوجان؛ لأن النص ورد على خلاف القياس، فيقتصر على مورده. (البحر)

باب(١) الإقالة(٢)

هى فسخ(٣) [أى إزالة المبيع (س م)] فى حق المتعاقدين بيع [جديد] فى حقّ ثالث [كالشفيع]، وتصحّ

(١) قوله: "باب" مناسبة الباب بباب البيع الفاسد من حيث إن فى كل منهما يرجع المبيع إلى البائع، أو نقول لما كانت الإقالة فسخا للبيع، وهو يقتضى سابقة البيع، والبيع الفاسد بيع ناسب أن يذكر الإقالة عقبه. (الشلبى)

(٢) قوله: "الإقالة" الإقالة لغةً: الرفع مطلقًا من القيل، وقيل: من القول والهمزة للسلب، أى إزالة القول الأول، وهو ما جرى بينهما من البيع، كأشكى إذا زال شكواه، وهو مردود بوجوه ثلاثة: الأول: أنهم قالوا: قِلته البيع -بالكسر- ولو كانت مشتقة القول لقيل: قُلته -بالضم-.
الثانى: مجيء مصدره بالياء دون الواو، قال فى "مجموع اللغة"، قال: البيع قيلا فسخه. . . إلخ، والمصدر من الأمور التى يستدل بها على أصل الكلمة، الثالث: أن أهل اللغة كصاحب "الصحاح" والقاموس وغيرهما ذكروها فى مادة ق ى ل، لا فى مادة ق و ل، وكفى بهم قدوة فى الباب، وهى شرعًا: رفع عقد البيع غير السلم، فإنه ليس بفسخ. (محمد إعزاز على رحمه الله)

(٣) قوله: "فسخ" هذا عند أبى حنيفة إلا إن تعذر جعلها فسخًا بأن ولدت المبيعة بعد القبض، أو هلك المبيع، فإنها تبطل ويبقى البيع على حاله، أطلقه فشمل ما إذا كان قبل القبض أو بعده، وقال أبو يوسف: هى بيع إلا إن تعذر بأن كانت قبل القبض، ففسخ إلا إن تعذر فتبطل بأن كانت قبل القبض فى المنقول بأكثر من الثمن الأول، أو بأقل منه، أو بجنس آخر، أو بعد هلاك المبيع.
وقال محمد: هى فسخ إلا إن تعذر بأن تقايلا بأكثر من الثمن الأول، أو بخلاف جنسه، أو ولدت المبيعة بعد القبض فبيع إلا إن تعذر بأن كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الأول، فتبطل.
وفائدة كونها فسخًا فى حقهما عنده تظهر فى خمس مسائل: الأولى: وجوب رد الثمن الأول وتسمية خلافه باطل، الثانية: أنها لا تبطل بالشروط المفسدة، ولكن لا يصح تعليقها بالشرط، كأن باع ثوراً من زيد، فقال: اشتريته رخيصًا، فقال زيد: إن وجدت مشتريا بالزيادة فبعه منه، فوجد فباع بأزيد لا ينعقد البيع الثانى؛ لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط.
الثالثة: إذا تقايلا ولم يرد المبيع حتى باعه منه ثانيًا جاز، ولو كانت بيعًا لفسد، وهذه حجة على أبى يوسف؛ لأن البيع جائز بلا خلاف بين أصحابنا إلا أن يثبت عنه الخلاف فيه، ولو باع من غير المشترى لم يجز لكونه بيعًا جديدًا فى حق ثالث.
والرابعة: إذا وهب المبيع فى المشترى بعد الإقالة قبل القبض جازت الهبة، ولو كانت بيعًا لا نفسخ؛ لأن البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض، والخامسة: لو كان المبيع مكيلا أو موزونًا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن، ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه، وهذا لا يطرد على أصل أبى يوسف لكونها بيعًا عنده، ولو كانت بيعًا لما صح قبضه بلا كيل ووزن.

من الثمن الأول (س م) من الثمن الأول

بمثل الثمن الأول(١)، وشرطُ(٢) الأكثر أو الأقل بلا تعيّب،

من خلاف الثمن الأول س م أى إذا كان كذلك فلزمه...إلخ بكل حال

وجنسٍ آخر لغو، ولزمه الثمن الأول، وهلاك(٣) الثمن لا يمنع

وتظهر فائدة كونها بيعًا فى حق غيرهما فيه أيضًا الأولى لو كان المبيع عقارًا، فللشفيع الشفعة، ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعًا جديدًا فى حقه، كإن اشتراه منه، والثانية: إذا باع المشترى المبيع من آخر ثم تقايلا اطلع على عيب كان فى يد البائع، فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك؛ لأنه بيع فى حقه، فكأنه اشتراه من المشترى.

والثالثة: إذا اشترى شيئًا وقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر، ثم تقايلا وعاد إلى المشترى، فاشتراه من قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول جاز، وكان فى حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشترى الثانى.

والرابعة: إذا كان المبيع موهوبا، فباعه الموهوب له، ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع فى هبته؛ لأن الموهوب له فى حق الواهب بمنزلة من المشترى منه.

والخامسة: إذا اشترى بعروض التجارة عبدًا للخدمة بعد ما حال عليها الحول، فوجد به عيبًا فرده بغير قضاء، واسترد العروض، فهلكت فى يده فإنه لا تسقط عند الزكاة لكونه بيعًا جديدًا فى حق الثالث، وهو الفقير؛ لأن الرد بالعيب بغير قضاء إقالة. (البحر ملخّصًا)

(١) لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذى كان قبله بلا زيادة ولا نقصان.

(٢) قوله: "وشرط" هذه ثلاث صور: الأولى: أن الإقالة وقعت على الأكثر من الثمن الأول، كما لو تقايله بألف، وكان الثمن خمسمائة، والثانية: أن المتعاقدين تقايلا على الأقل من الثمن الأول، كما لو تقايلا بخمسمائة، والمبيع بحاله لم يتعيب، وكان الثمن ألفًا صحت الإقالة فى الأولى بخمسمائة، وفى الثانية بألف.

أما الأولى: فلتعذر الفسخ على الزيادة، فإن انفسخ إنما هو رفع ما كان ثابتًا فى أصل العقد، والزيادة لم تكن ثابتة فيه، فرفعها محال، واستحالة رفع مالم يكن ثابتًا لا يحتاج إلى الدليل.

وأما الثانية: فلأنه لما كانت الإقالة عنده فسخا، والفسخ يرد على غير ما يرد عليه العقد، كان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلا، وشرط لعدم جواز اشتراط الأقل عدم التعيب عند المشترى، وأما إذا تعيب عنده، فيجوز بالأقل، فيجعل الحط بإزاء ما فات بالعيب، ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب، ولا يجوز أن ينقص أكثر منه.

وأما الثالثة: أنه شرط غير جنسه كما لو كان الثمن ليس ثابتًا فى المنسوخ، ورفع ما ليس ثابتًا محال، فكل واحد من هذه الشروط فاسد، والإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة، فتبطل هذه الشروط وتصح الإقالة (محمد إعزاز على رحمة الله عليه)

(٣) قوله: "هلاك" أى لا يمنع الإقالة هلاك الثمن، بل يمنعها هلاك المبيع؛ لأنها رفع البيع، والأصل فيه المبيع، ولهذا إذا هلك المبيع قبل القبض يبطل البيع، بخلاف هلاك الثمن. (المجمع بتصرّف)

صحة الإقالة
الإقالة، وهلاك المبيع يمنع، وهلاك بعضه بقدره(١).

لغةً: جعل الشيء واليًا مصدر رَابَحَ

باب(٢) التولية والمرابحة

وهو بيع بالثمن الأول من غير زياد ولا نقصان
هى(٣) بيع بثمن سابق، والمرابحة به وبزيادة وشرطهما(٤)
وهو الذى ملك به المبيع أى للبائع ولوفعل هذه الأشياء بيده لا يضم
كون الثمن الأول مثليّا(٥)، وله(٦) أن يضم إلى رأس المال أجره
الذى قصر الثوب بعصفر أو زعفران أى تحويله من موضع الشراء
القصـار والصبغ، والطراز(٧) والفتل(٨) وحمل الطعام،

---

(١) قوله: "بقدره" أى هلاك بعض المبيع يمنع صحة الإقالة بقدره اعتبارًا للجزء بالكل، فيجوز الإقالة فى الباقى، ويمتنع فى الهالك. (الزيلعى وشرح النقاية)

(٢) قوله: "باب" لما فرغ مما يتعلق بالأصل، وهو المبيع من البيوع الازمة وغير اللازمة، وما يرفعها شرع فى بيان الأنواع التى تتعلق بالثمن من المرابحة والتولية وغيرهما. (المجمع)

(٣) قوله: "هى" وأورد عليه الغصب، وهو ما إذا ضاع المغصوب عند الغاصب، وضمنه قيمته، ثم وجده جاز له بيعه مرابحة وتوليةً على ما ضمن، وقد غفل الشارح الزيلعى، فأورده على عبارة "الهداية"، وهى نقل ما ملكه بالعقد الأول بالثمن الأول مع ربح أولا، وادعى أن عبارة المؤلف أحسن، وليس كما زعم؛ لأن مسألة الغصب كما ترد على "الهداية" باعتبار أنه لاعقد فيها كذلك ترد على الكنز باعتبار أنه لاثمن فيها، فإن أجيب بأن القيمة كالثمن فكذلك يقال: إن الغصب ملحق بعقود المعاوضات، ويرد على كلا التعريفين ما ملكه بهبة أو إرث أو وصية إذا قومه فله المرابحة على القيمة إذا كان صادقًا فى التقويم مع أنه لا ثمن ولا عقد، ولم أرَ كيف يقول، وينبغى أن يقول: قيمته كذا. (البحر بحذف)

والحد الجامع المانع من تشريح قيوده فى "البحر". (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "وشرطهما" لأنه إذا لم يكن له مثل لو ملكه ملكه بالقيمة وهى مجهولة. (البحر)

(٥) وهو الكيلى والوزنى والمعدود المتقارب.

(٦) قوله: "وله" أى يجوز له أن يزيد على أصل الثمن أجرة هذه الأشياء، ويبيعه مرابحة أو تولية؛ لأن ما زاد فى عين الشىء أو فى قيمته ملحق به، وإنما كان الحمل مما يزيد فى قيمة المبيع؛ لأن القيمة يختلف باختلاف المكان، والأصل أن ما جرى عرف التجار على إلحاقه برأس المال يحلق به، وما لا فلا. (محمد إعزاز على وشرح النقاية)

(٧) بكسر الطاء وتخفيف الراء: العَلم فى الثوب.

من موضع الشراء إلى منزله ولا يقول: اشتريته بكذا؛ لأنه كذب وهو حرام
وسوق الغنم ويقول: قام على بكذا، ولا يضم(١) أجرة الراعى،
أى ولا يضم كراء بيت الحفظ البائع المشترى
والتعليم وكراء بيت الحفظ، فإن(٢) خان فى مرابحة أخذ بكل
أى البيع على البائع المشترى
ثمنه، أو رده، وحط فى التولية، ومن(٣) اشترى ثوبًا، فباعه

---

(٨) هو ما يصنع بأطراف الثياب بحرير أو كتان.

(١) قوله: "ولا يضم" لعدم العرف بإلحاقه، أطلق فى التعليم فشمل تعليم العبد صناعةً، أو قرآنًا، أو علمًا، أو شعرًا، أو غناءً، أو عربيةً، قالوا: لأن ثبوت الزيادة لمعنى فى العبد، وهو حذاقته، فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبًا للزيادة فى المالية، ولا يخفى ما فيه، إذ لا شك فى حصول الزيادة بالتعلم، ولاشك أنه مسبب عن التعليم عادة، وكونه بمساعدة القابلية فى المتعلم هو كقابلية الثوب للصبغ، فلا يمنع نسبته إلى التعليم فهو شرط علة عادية، والقابلية شرط، وفى المبسوط أضاف نفى ضم المنفق فى التعليم إلى أنه ليس فيه عرف ظاهر حتى لو كان فيه عرف ظاهر يلحق برأس المال. (البحر)

(٢) قوله: "فإن" أى فإن ظهر للمشترى خيانة فى المرابحة إما بإقرار البائع أو بالبينة أو بنكوله عن اليمنى، وقد ادعاها المشترى أخذه أى المبيع بثمنه كله، أو رده بالفسخ، وإن ظهر له خيانة فى التولية حط الخيانة من الثمن، ولا يفسخ هذا عند أبى حنيفة، وعند أبى يوسف حط فيهما أى فى المرابحة والتولية قدر الخيانة مع حصتها هى حصة الخيانة من الربح فى المرابحة، مثلا إذا قال اشتريت هذا الثوب بعشرة فباعه مرابحة بخمسة عشر، ثم ظهر أن البائع كان اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة، وهو درهمان، ويحط من الربح ما يقابل قدر الخيانة، وهو درهم واحد، فيأخذ الثوب باثنى عشر درهما، وعند محمد يخير بين أخذه بكل الثمن، وتركه فيهما.

لمحمد أن الاعتبار للتسمية لكونه معلومًا، والتولية والمرابحة ترويج وترغيب، فتكون وصفًا مرغوبًا فيه كوصف السلام، فيتخير لفواته؛ ولأبى يوسف أن الأصل فيه كونه تولية ومرابحة، ولهذا ينعقد بقوله: وليتك بالثمن الأول، أو بعتك مرابحةً على الثمن الأول إذا كان معلومًا، فلا بد من البناء على الأول، وذلك بالحط غير أنه يحط فى التولية قدر الخيانة من رأس المال، وفى المرابحة منه، ومن الربح، ولأبى حنيفة أنه لو لم يحط فى التولية لا تبقى تولية؛ لأنه يزيد على الثمن الأول، فتغير التصرف، فتعين الحط، وفى المرابحة لو لم يحط تبقى مرابحة، وإن كان يتفاوت الربح، فلا يتغير التصرف، فأمكن القول بالتخيير. (شرح النقاية والمجمع والبحر)

(٣) قوله: "ومن" إلى قوله: لم يرابح، وهذا عند أبى حنيفة وقالا: يبيعه مرابحة على الثمن الأخير.

وصورته: إذا اشترى ثوبا بعشرة وباعه بخمسة عشر، ثم اشتراه بعشرة، فإنه يبيعه مرابحة بخمسة، ويقول: قام على بخمسة، ولو اشتراه بعشرة وباعه بعشرين مرابحة، ثم اشتراه بعشرة لا يبيعه مرابحة أصلا، وعندهما يرابح على عشرة فى الفصلين، لهما أن العقد الثانى عقد متجدد منقطع الأحكام عن

فإن أراد أن يبيعه مرةً ثانيةً أى عن الثوب أى قبل هذا البيع.

بربح ثم اشتراه فإن باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله، وإن

الربح أى استغرق يعني لا يبيعه مرابحة أصلا

أحاط بثمنه لم يرابح، ولو اشترى مأذونٌ مديون ثوبًا

بعشرة، وباعه من سيده بخمسة عشر، يبيعه[1] مرابحةً على

البائع أى منه عشر بالنصف فاعل "يبيع"

عشرة، وكذا العكس[2]، ولو كان[3] مضاربا يبيع مرابحة رب

الأول، فيجوز بناء المرابحة عليه، كما إذا تخلل ثالث؛ لأبى حنيفة أن شبهة حصول الربح بالعقد الثانى ثابتة؛ لأنه يتأكد به ما كان على شرف السقوط بالظهور على عيب، والشبهة كالحقيقة فى بيع المرابحة احتياطًا، ولهذا لم تجز المرابحة فيما أخذ بالصلح لشبهه الحطيطة، فيصير كأنه اشترى خمسة وثوبًا بعشرة، فيطرح خمسة، بخلاف ما إذا تخلل خمسة، ومحل الاختلاف عند عدم البيان، أما إذا بين فقال: كنت بعته فربحت فيه كذا، ثم اشتريته بكذا، وأما بيعه الآن بكذا بربح، كذا جاز اتفاقًا. (البحر بحذف)

(١) قوله: "يبيعه" لأن هذا العقد وإن كان صحيحًا فى نفسه فيه شبهة العدم؛ لأن العبد ملكه، وما فى يده لا يخلو عن حقه، فاعتبر حد ما فى حق المرابحة، وبقى الاعتبار للبيع الأول، فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الثانى، فيعتبر الثمن الأول، وتقييده بالمديون اتفاقى ليعلم حكم غيره بالأولى لوجود ملك المولى فى إكسابه، كما فى "البحر"، وفيه كلام؛ لأن التقييد ليس باتفاقى، بل لتحقق المشترى، قال الفقيه أبو الليث: فإن كان العبد لا دين عليه، فالشراء الثانى باطل؛ لأن العبد إذا كان لا دين عليه، فماله لمولاه. (المجمع بحذف)

(٢) (بأن اشترى المولى بعشرة مثلا وباعه من عبده المأذون المستغرق بالدين بخمسة عشر) لأن فى هذا العقد شبهة العدم لجوازه مع المنافى، فاعتبر عدمًا فى حكم المرابحة، وبقى الاعتبار للأول، فيصير كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة فى الفصل الأول، وكأنه يبيعه للمولى فى الفصل الثانى، فيعتبر الثمن الأول، ولو قال المصنف رحمة الله عليه: إلا أن يبين لكان أولى؛ لأنه لو بين ورابح على الأول جاز، كما فى "البناية". (البحر بحذف)

(٣) قوله: "ولو كان" أى لو كان من عمل هذا العمل مضاربًا بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف، فاشترى ثوبًا بعشرة، وباعه من رب المال بخمسة عشر، فإنه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف؛ لأن مبنى هذا البيع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها، وفى بيعه مرابحة على خمس عشرة شبهةَ خيانةً؛ لأن هذا البيع، وإن حكم بجوازه لاشتماله على الفائدة، فإن فيه استفادة ولاية التصرّف؛ لأن بالتسليم إلى المضارب انقطعت ولاية رب المال عن ماله فى التصرف فيه، فبالشراء من المضارب يحصل له ولاية التصرف، وهو مقصود، وإذا اشتمل على الفائدة ينعقد؛ لأن الانعقاد يتبع الفائدة لكنه فيه شبهة العدم؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، وإنما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه، فلا يكون البيع موجودًا، وإذا كان فيه شبهة العدم، كان البيع الثانى كالمعدوم فى حق نصف الربح؛ لأن ذلك حق رب

فاعل "يبيع" من يريد المرابحة أى بتعيب المبيع عنده.
المال باثنى عشر ونصف، ويرابح[١] بلا بيان بالتعييب، ووطء
أى ويرابح إذا لم ينقصها الوطء. ف ز د شخص شيئًا
الثيب وببيان[٢] بالتعيب[٣] ووطء البكر، ولو اشترى
درهم أى إلى أجل أنه اشتراه إلى أجل (ص) و
بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خيّر[٤]
بين أن يأخذه أو يتركه أن الثمن كان مؤجلا البيع المشترى
المشترى، فإن أتلف[٥] فعلم لزم بألف ومائة، وكذا[٦]
على المولى المشترى بكم قام عليه
التولية، ومن ولّى رجلا شيئًا بما قام عليه، ولم يعلم المشترى

المال، فيحط من الثمن احترازًا عن شبهة الخيانة، ولا شبهة فى أصل الثمن، وهو عشرة، ولا فى نصيب المضارب، فيبيع مرابحة على ذلك. (الزيلعى والطحطاوى)

(١) قوله: "ويرابح" أى إذا تعيب المبيع من غير صنعه، أو وطئ الثيب يبيعه مرابحة من غير أن يبين؛ لأنه لم يحبس عنده شىء بمقابلة الثمن؛ لأن الأوصاف تابعة لا يقابلها الثمن، ولهذا لو فاتت قبل التسليم لا يسقط شىء من الثمن، وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن، وأطلق فى قوله: بلا بيان ومراده بلا بيان أنه اشتراه سليمًا، فتعيّب عنده، أما بيان نفس العيب القائم به، فلا بد منه لئلا يكون غاشّا له للحديث الصحيح: «من غشّ فليس منّا». (البحر)

(٢) قوله: "وببيان" أى يرابح مع البيان إذا عيبه المشترى أو غيره؛ لأنها صارت مقصودة بالإتلاف، فيقابلها شىء من الثمن، وكذا إذا وطئها وهى بكر؛ لأن العذرة جزء من العين، فيقابلها شىء من الثمن، وقد حسبها. (البحر)

(٣) والتعيب منه سواء كان بفعل نفسه أو بفعل غيره.

(٤) قوله: "خير" لأن الثمن المؤجل أنقص فى المالية من الحال، ولهذا حرم الشرع النساء فى الأموال الربوية، فيكون ما أخذ من المشترى أزيد فى الحكم، فيثبت له الخيار عند علمه بذلك، وكذا فى التولية إذا علم أن الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار؛ لأن الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة؛ لأنهما مبنيان على الثمن الأول. (الزيلعى)

(٥) قوله: "فإن أتلف [المشترى المبيع فى هذه الصورة]" أى إذا أتلف المشترى المبيع فى هذه الصورة ثم علم أن الثمن كان مؤجلا لزمه ألف ومائة؛ لأن الأجل ليس بمال متقوم، فلا يقابله شىء فى الثمن، وإنما فيه ترفه فيزداد الثمن؛ لأجله فيثبت له الخيار فيما إذا كان المبيع قائمًا نظرًا لهذا الجانب؛ لأن إقدامه على المرابحة يقتضى السلامة عن مثل هذه الخيانة، فإذا هلك، أو استهلكه المشترى، لم يبقَ له الخيار نظرًا لجانب عدم المالية فى الأجل حقيقة. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وكذا" أى هى مثل المرابحة فيما ذكرناه من الخيار عند قيام المبيع، وعدم الرجوع حال

بين أخذه وتركه
بكم قام عليه فسد(١)، ولو علم فى المجلس خير(٢).

فصل(٣)

ف م ز أى الذى اشتراه أى لا يصح قبل قبضه
صح(٤) بيع العقار قبل قبضه لا(٥) بيع المنقول، ولو(٦)

هلاكه لابتناءهما على الثمن الأول، وينبغى أن يعود قوله: وكذا التولية إلى جميع ما ذكره للمرابحة، فلا بد من البيان فى التولية أيضًا فى التعيب، ووطء البكر، وبدونه فى التعييب ووطء الثيب. (البحر)

(١) البيع لجهالة الثمن جهالة تفضى إلى المنازعة.

(٢) قوله: "خير" لأن الفساد لم يتقرر، فإذا حصل العلم فى المجلس جعل كابتداء العقد، وصار كتأخير القبول إلى آخر المجلس قيد بالمجلس؛ لأنه بعد الافتراق عنه يتقرر الفساد، فلا يقبل الإصلاح. (البحر)

(٣) قوله: "فصل [فى أحكام البيع قبل قبض المبيع والتصرف فى الثمن بالزيادة والنقصان وغير ذلك]" مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيها مقيدًا بوصف زائد أشبهت المرابحة والتولية من حيث إن فيهما قيدًا زائدًا على أصل البيع، ولكنها ليست بمرابحة ولا تولية، فجيء بالفصل لهذا. (الشلبى)

(٤) قوله: "صح" أى عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد: لا يجوز لإطلاق الحديث، وهو النهى عن بيع مالم يقبض، وقياسًا على المنقول وعلى الإجارة، ولهما أن ركن البيع صدر من أهله فى محله، ولا غرر فيه؛ لأن الهلاك فى العقار نادر بخلاف المنقول، والغرر المنهى غرر انفساخ العقد، والحديث معلول به عملا بدلائل الجواز، والإجارة قيل على هذا الاختلاف، ولو سلم فالمعقود عليه فى الإجارة المنافع، وهلاكها غير نادر، وهو الصحيح، وعليه الفتوى، قيد بالبيع لأن المشترى لو وهبه، أو تصدقه قبل قبضه يصح على الأصح، وهو قول محمد خلافًا لأبى يوسف. (البحر وشرح النقاية)

(٥) قوله: "لا" أى لا يجوز بيع المنقول قبل القبض؛ لأن فيه غررًا وهو انفساخ العقد بهلاكه، ولما روى أبو داود وابن حبان فى "صحيحه" والحاكم فى "مستدركه"، وصححه عن عبد الله بن عمر قال: ابتعت زيتا فى السوق، أى اشتريته فلما استوجبته لقينى رجل فأعطانى فيه ربحًا حسنًا، فأردت أن أضرب على يده، فأخذ رجل من خلفى بذراعى، فالتفتّ فإذا هو زيد بن ثابت، فقال: لا تبعه حيث ابتعته حتى لا تحوزه إلى رحلك، فإن رسول الله ﷺ نهى أن أبتاع السلع حيث تبتاع حتى يحوزها التجار إلى رحالهم. (شرح النقاية)

(٦) قوله: "ولو" أى لو اشترى المكيل بشرط الكيل والموزون بشرط الوزن، والمعدود بشرط العدد لم يجر له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعدد إن كان بعد القبض لقول جابر أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشترى، رواه ابن ماجه والدارقطنى. (الزيلعى)

أى ما يكال / من حيث الكيل / أى مثل الحكم المذكور فى المكيل

اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه[١] وأكله حتى[٢] يكيله، ومثله الموزون[٣] والمعدود. (بشرط العدّ (س م))

لا[٤] المذروع[٥]، وصحّ[٦] التصرف فى الثمن قبل قبضه

---

(١) وإذا اشترى مجازفة جاز التصرف فيه قبل الكيل بالبيع والأكل وغيرهما.

(٢) قوله: "حتى يكيله" أى يكيله المشترى ثانيًا إن كان البائع قد كاله بعد البيع بغيبه المشترى قيده بغيبة لما فى الكفاية أن الصحيح أنه لو كاله البائع بعد البيع بحضرة المشترى يكتفى به آه، وفيه أن هذا مخالف لإطلاق النهى؛ إلا أن يقال أن علة النهى وهى احتمال الزيادة، وهى للبائع مفهومة لأهل اللغة، والعلة المفهومة لأهل اللغة تخصص النص، كما فى ﴿وَذَرُوا الْبَيْعَ﴾ فإنه معلول بالإخلال بالسعى. (الكشف)

(٣) أى بيع الموزون بشرط الوزن.

(٤) قوله: "لا" أى لا يحرم التصرف فى المبيع المذروع بعد القبض قبل الذراع وإن اشتراه بشرط الذرع؛ لأن الذرع وصف له بقدر، فيكون كله للمشترى بلا زيادة ثمن ولا نقصان إن وجده زائدًا أو نقصًا، هذا إذا لم يسمّ لكل ذراع ثمنًا، وإن سمى فلا يحل لما تصرف فيه حتى يذرع. (الزيلعى)

(٥) فلو اشتراه مذروعا بشرط الذرع جاز لبسه وبيعه قبل زرعه اتفاقًا.

(٦) قوله: "وصحّ" أى صح هذه التصرفات قبل القبض تصرف البائع فى الثمن، بأن ملكه ممن عليه بعوض أو بغير عوض، والزيادة فيه، والحط منه، وسواء كان مما يتعين، أو لا سوى بدل الصرف والسلم؛ لأن للمقبوض حكم عين المبيع فى السلم، والاستبدال بالمبيع قبل القبض لا يجوز، وكذا فى الصرف والزيادة فى الثمن، والحط منه يلتحقان بأصل العقد عندنا، وعند زفر لا يلتحقان، وفائدة الالتحاق تظهر فى مسائل منها التولية والمرابحة، فيجوز على الكل فى الزيادة على الباقى بعد المحطوط، والزيادة فى الثمن مقيدة ببقاء المبيع، والمراد بقاء المبيع بقاءه محلا للمقابلة فى حق المشترى بأن لم يبعه المشترى، ولم يتصدق به، ولم يهبه أو وهبه ولم يسلم حتى لو باعه وتصدق به أو وهبه وسلم لا تصح الزيادة، والزيادة فى المبيع سواء بقى المبيع، أو هلك، وتلحق أيضًا بالعقد، فيصير لها حصة من الثمن، حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن.

بقى ههنا شىء وهو أنه لم يتعرض المصنف لحكم حط المبيع، وذكر الزيادة والحط فى الثمن، فظاهره عدم صحة الحط من المبيع، وصرح فى "المحيط": بأن المبيع إن كان دينارًا بأن كان مسلقًا فيه، يصح الحط منه، وإن كان عينًا لم يصح الحط منه؛ لأنه إسقاط، وإسقاط العين لا يصح. (محمد إعزاز على غفر له)

ف ز
والزيادة فيه، والحطُّ منه والزيادة في المبيع، ويتعلق[١] الاستحقاق[٢] بكله[٣]، وصحّ تأجيل[٤] كل دين غير القرض[٥]. لأن حقه فلان يؤخره

(١) قوله: "ويتعلق" حتى لا يكون للمشترى أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة، وللبائع أن يحتبس حتى يستوفي الزيادة، ويملك المشترى المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم ما بقي من الحط، والدليل على الالتحاق أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع إلى وصف مشروع، وهو كونه رابحًا، أو خاسرًا، أو عدلا، ولهما ولاية الرفع، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير، فصار كما إذا أسقطا الخيار أو شرطاه بعد العقد، وإذا صح يلتحق بالعقد؛ لأن وصف الشيء يقوم به لا بنفسه، بخلاف حط الكل لأنه تبديل لأصله لا يعتبر لوصفه. (الزيلعي والبحر بتصرّف)

(٢) أي استحقاق البائع والمشترى في الثمن والمبيع.

(٣) أي بكل ما وقع عليه العقد من الثمن المبيع الزيادة.

(٤) قوله: "تأجيل" أي وصح تأجيل كل دَين حالٍ سواء ثبت في الذمة بعقد أو باستهلاك حتى لو باع شيئًا بثمن حال ثم أجله أجلا معلومًا صار مؤجلا؛ لأن الحلول حق البائع، فله إسقاطه بتأجيله تيسيرًا على من عليه الثمن؛ ولأنه يملك إسقاط المطالبة مطلقًا بالإبراء فلأن يملك إسقاطها مدة معينة بالتأجيل أولى، ولو أجله إلى أجل مجهول، فإن كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح، وإن كانت متعارفة كالحصاد والدياس يصح، كما في الكفالة إلا القرض، وهو ما ثبت في الذمة باستقراض، فإنه لا يصح تأجيله حتى لو أجله مدة معلومة عند الإقراض، أو بعده لا يثبت الأجل، وله المطالبة في الحال.

وقال مالك: يصح تأجيل القرض كسائر الديون، وقال الشافعي: لا يجوز تأجيل غير القرض كالقرض.

ولنا أن القرض إعارة وتبرع ابتداء، ولهذا يصح بلفظ الإعارة، ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله، فعلى الاعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه، كالإعارة، فإن المعير وإن وقّت الإعارة له أن يستردها من ساعة، إذ لا جبر في التبرع، وعلى اعتبار الانتهاء لا يصلح التأجيل؛ لأنه مبادلة الدراهم بمثلها نسيئة، وهو حرام. (شرح النقاية)

(٥) فلو شرط الأجل في ابتداء العقد، صح القرض و بطل الأجل.

ثبوت حرمتها بالكتاب والسنة

باب(١) الربا(٢)

أى زيادة (ف)

وهو(٣) فضلُ مال(٤) بلا عوض فى معاوضة مال بمال،

ف ك وهو كون العوضين من جنس واحد — بفتح النون وهو البيع أجل

وعلّته(٥) القدر(٦) والجنس، فحرم(٧) الفضل والنساء بهما،

(١) قوله: "باب" وجه مناسبته للمرابحة أن فى كل منهما زيادة إلا أن تلك حلال وهذه حرام، والحرام هو الأصل فى الأشياء، فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه. (البحر)

(٢) قوله: "الربا" فى "المصباح": الربا الفضل والزيادة، وهو مقصود على الأشهر، وليس المراد مطلق الفضل، فإن فتح الأسواق فى سائر بلاد المسلمين للاستفضال والاسترباح، وإنما المراد فضل مخصوص، فلذلك عرفه شرعًا بقوله: هو فضل . . . إلخ. (البحر)

(٣) قوله: "وهو" أى الربا فضل أحد المتجانسين على الآخر بالميعاد الشرعى، أى الكيل والوزن، ففضل قفيزى شعير على قفيزى بر لا يكون ربا، وكذا فضل عشرة أذرع من ثوب هروى على خمسة منه، وقيد بقوله: بلا عوض، أى خال عنه ليخرج بيع كر بر وكر شعير بكرى بر وكرى شعير، فإن للثانى فضلا على الأول، لكنه غير خال عن العوض لصرف الجنس على خلاف جنسه، وقيد بالمعاوضة لأن الفضل الخالى عن العوض الذى فى الهبة ليس بربا.

وترك المصنف قيدًا لا بد منه، وهو أن يكون الفضل الخالى مشروعًا فى العقد لأحد المتعاقدين؛ لأنه قال مالك وأحمد فى رواية لما روى مسلم من حديث معمر بن عبد الله أن النبى ﷺ قال: «الطعم مثلا بمثل»، أو فى رواية: «لا تبيعوا الطعام إلا مثلا بمثل»، وفى رواية: «إلا سواء بسواء»، ونصبهما على الحال، ووجه الدلالة أن الطعام مشتق من الطعم، ومتى ترتب الحكم على اسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة له، والطعم بالفتح ما يؤذنه الذوق من حلاوة ومرارة، وما بينهما، وبالضم الطعام.

ولنا ما روى الدارقطنى عن عبادة وأنس رضى الله عنهما مرفوعًا: «ما وزن مثل بمثل إذا كان نوعًا واحدًا وما كيل فمثل ذلك» الحديث، فالتقدير المكيل والموزون مثل بمثل، وترتبه الحكم على المشتق، أو شرط لغيرهما لا يكون ربا. (البحر بحذف)

(٤) غالبًا؛ لأن بيع الدراهم بالدراهم متساوية نسيئة ربا، والفضل ليس بمال.

(٥) قوله: "وعلّته" أى علته وجوب المساواة وحرمة الفضل، أو علة كون المال ربويا قدر، أى الكيل أو الوزن من الجنس، فلا ربا فيما لا يدخل تحت كيل أو وزن، كالحقامة من القمح والذرة من الذهب، ولا فى مكيل، أو موزون مع خلاف جنسه، وبه قال أحمد فى رواية.

وقال مالك: علته الاقتيات والإدخار مع الجنس؛ لأنه ﷺ خصّ بالذكر كل مقتات لو مدخر، وقال الشافعى فى القديم: علته الطعم مع الكيل أو الوزن، وفى الجديد علته الطعم فى الأشياء الأربعة والثمنية فى الذهب والفضة، والجنسية شرط، لا تعمل العلة بدونه، وبه بدل على علية مأخذه، فثبت علّية القدر، وكذا علية الجنس للتصريح بالنوع. (الكشف وشرح النقاية والبسط فى "المبسوطات")

بالمد: التأخير دون الفضل أى بوجود أحدهما
والنساء فقط بأحدهما، وحلاً بعدمهما، وصح[١] بيع
أى الذى يدخل تحت الكيل أى الدراهم والدنانير
المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون[٢] كالنقدين،
أي لا يصح إذا كان متفاضلا.
وما[٣] ينسب إلى الرطل[٤] بجنسه[٥] متساويا لا متفاضلا،
أى حيسا قيد الرجاء
وجيد كرديه[٦]، ويعتبر[٧] التعيين[٨] لا[٩] التقابض فى غير

---

(٦) وهو الكيل فى المكيل والوزن فى الموزون.

(٧) قوله: "فحرم" أى لما ثبت علة الربا القدر والجنس ثبت أنهما إذا تحققا تحقق حرمة الفضل والنساء؛ لوجود علة حرمتهما، فلا يجوز بيع الجص بمثله متفاضلة لوجود الكيل مع الجنس، ولا بيع الحديد بمثله متفاضلة لوجود الوزن مع الجنس، وإن تحقق أحد الوصفين، بأن وجد القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير، أو الجنس دون القدر، كثوب هروى بجنسه، وحيوان حرم النساء فقط دون الفضل، وإن فقد الوصفان حل الفضل والنساء كلاهما لعدم علة حرمتها مع أن الأصل الإباحة، فحرمة ربا الفضل بالوصفين، وحرمة ربا النساء بأحدهما. (عز)

(١) قوله: "صح" البر والشعير والتمر والملح مكيلة أبدًا، لنص رسول الله ﷺ عليها، فلا يتغير أبدًا، فيشترط التساوى بالكيل، ولا يلتفت إلى التساوى فى الوزن دون الكيل حتى لو باع حنطة بحنطة وزنًا لا كيلا لم يجز، والذهب والفضة موزونة أبدًا للنص على وزنهما، فلا بد من التساوى فى الوزن، حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنًا لم يجز، وكذا الفضة بالفضة؛ لأن طاعة رسول الله ﷺ واجبة علينا؛ لأن النص أقوى من العرف، فلا يترك الأقوى بالأدنى، وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس؛ لأنها دلالة على جواز الحكم. (البحر)

(٢) أى وصح بيع الموزون، أى الذى يدخل تحت.

(٣) قوله: "وما" أى وصح بيع ما ينسب إلى الرطل، وهو كل شيء وقع عليه كيل الرطل مثل الأدهان، فإنه موزون غير أنه لما لم يستمسك إلا وعاء يشق عليهم وزنه وحده بالأمثاط والصبحات فى كل وقت بالوعاء، فقدر بالأرطال والأمناء، فاكتفى به دفعًا للحرج، فبقى موزونًا على حالة. (العينى)

(٤) بكسر الراء وفتحها، قال الجوهرى: إنه نصف من وهو ما يوزن به وقيل: اثنتا عشرة أوقية، قيل: مائة درهم وثمانية وعشرون.

(٥) الباء يتعلق بقوله: وصح بيع الكيل.

(٦) قوله: "كرديه" أى جيد ما جعل فيه الربا كردية حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاوتًا فلإطلاق الحديث، ولحديث: «جيدها ورديئها سواء»، ولأن الجودة لا يجوز الاعتياض عنها؛ لأن بيع قفير حنطة جيدة بقفيز حنطة رديئة ودرهم لا يجوز بالإجماع، وما لا يجوز الاعتياض عنه بالبيع لا

ف من الزيادة وهى بملأ الكفين ف ف

الصرف، وصح[١] بيع الحفنة بالحفنتين، والتفاحة بالتفاحتين،

ف ف ف

والبيضة بالبيضتين، والجوزة بالجوزتين، والتمرة بالتمرتين،

أى وصح أيضًا بيع الفلس (ف م) بأن كان الفلس معينًا والفلسان معينين ف أى وصح بيع اللحم

والفلس[٢] بالفلسين بأعيانهما، واللحم[٣] بالحيوان،

يكون مالا متقومًا كالخمر، قيد بمال الربا؛ لأن الجودة معتبرة فى حقوق العباد، فإذا أتلف جيدًا لزمه مثله قدرًا وجودة إن كان مثليًا، وقيمة جيدًا إن كان قيميًا. (البحر وشرح النقاية)

(٧) حتى لو باع برًا ببرّ بعينها وتفرقا قبل القبض أجاز.

(٨) فى البدلين بالاتفاق لما سيأتى من انه هو المفيد للعرض المطلوب، وهو التمكّن من التصرف.

(٩) قوله: "لا" خلافًا للشافعى رحمه الله فى بيع الطعام بالطعام، له الحديث المعروف: «يدًا بيد»؛ ولأنه لو لم يقبض فى المجلس يتعاقب القبض، وللنقد من يديه، ففيه شبهة الربا.

ولنا أن التعيين يكفى عن القبض كالثوب؛ لأن الفائدة المطلوبة إنما هو التمكن من التصرف، وهو يحصل من التعيين، بخلاف الصرف؛ لأن القبض فيه ليتعين به؛ لأن النقدين لا يتعينان بالتعيين، وإنما يتعينان بالقبض، ومعنى ما رواه عيبا العين، هذا رواه عبادة بن الصامت رضى الله عنه، رواه مسلم، وتعاقب القبض لا يعتبر تفاوته فى المال عرفًا، بخلاف النقد والمؤجل. (الكشف بتغيّر)

(١) قوله: وصحّ" إلى قوله بالتمرتين، أى صحة هذه البيوع؛ لأن هذه الأشياء ليست بمكيل ولا موزون، فلم تدخل تحت الميعاد، فانعدمت العلة بانعدام أحد شطريها وهو القدر، ولهذا يضمن بالقيمة عند الإتلاف عندنا، وما دون نصف صاع بمنزلة الحفنة؛ لأنه لا تقدير فيه الشرع بما دونه، فلم يكن من ذوات الأمثال، وهذا إذا باع ما دون نصف الصاع بما دون نصف الصاع بنصف صاع أو أكثر، ثم قالنا إلا مثل بمثل لوجود المعيار من أحد الجانبين، فتحققت الشبهة.

وعلى هذا لو باع ما لا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب أو فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا، إذ لا يدخل تحت الوزن، وروى المعلى عن محمد أنه كره التمرة بالتمرتين، وقال: كل شىء حرم فى الكثير، فالقليل منه حرام، وإلى هذه الرواية مال بعض المحققين. (الزيلعى وشرح النقاية)

(٢) قوله: "والفلس" أى وصح بيع الفلس المعين بفلسين معينين، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى، وبه قال مالك والشافعى رحمهما الله تعالى: فى الأصح، وعند محمد وأحمد رحمهما الله تعالى لا يجوز، كبيع درهم بدرهمين، قيد بأعيانهما لأنهما لو كانا أو أحدهما بغير عينه لم يجز باتفاق، أما إن كان بغير أعيانهما فلأنه بيع الكالى بالكالى، أعنى النسيئة، وهو منهى عنه، وأما إن كان أحدهما بغير عينه فلأن الجنس بانفراده بحرم النساء. (شرح النقاية والبحر)

(٣) قوله: "واللحم" أى وصح بيع اللحم بالحيوان عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف، وقال محمد رحمه الله: لا يجوز إذا كان من جنسه إلا إذا كان اللحم المفروج أكثر من اللحم الذى فى

والكرباس[1] بالقطن وكذا بالغزل كيفما كان، والرطب[2]
أى وصح أيضًا بيع الرطب س م ف أى وصح أيضًا بيع العنب ف
بالرطب، أو بالتمر متماثلا، والعنب[3] بالعنب وبالزبيب،
مثل لحم الشاة بلحم البقر ولحم الجاموس بلحم الجمل نقدًا وإلا فلا ف
واللحوم[4] المختلفة بعضها[5] ببعض متفاضلا[6]، ولبن[7]
بفتحتين: وهى التمر خصه باعتبار العادة أى وصحّ أيضًا بيع.
البقر بلبن الغنم، وخل[8] الدقل بخلّ العنب، وشحم البطن

الحيوان، فيكون اللحم بمقابلة ما لا ينطلق عليه اسم اللحم، كالجلد والكرش والأمواع والطحال) وصار كالحمل (وهو بالمهملة ومن السمسم).

ولهما أنه باع الموزون بما ليس بموزون، فصار كبيع السيف بالحديد؛ لأن الحيوان لا يؤذن عادة، ولا يمكن معرفة ثقله بالوزن، بخلاف تلك المسألة؛ لأن الوزن فى الحل يعرف قدر الدهن إذا مير. (البحر)

(١) أى وصح بيع الكرباس بالقطن، أو مطلقًا متساويًا أو متفاضلا لاختلافهما جنسًا.

(٢) قوله: "والرطب" أى وصح بيع الرطب بالرطب متماثلا أو بالتمر متماثلا، أى كيلا بكيل، وعندهما لا يصح؛ لأنه ينتقص فى ثانى الحال عن المساواة بالجفاف، وله أن التساوى إنما يعتبر مال العقد عروض النقص لا يمنع مع المساواة فى الحال إذا كان موجبه أمرًا خلقيًا. (الطحطاوى والبسط فى "شرح النقاية" و "البحر")

(٣) قوله: "والعنب" أى وصح بيع العنب بالعنب سواء علم التفاوت بعد الجفاف أولا، ويصح بيع العنب بالترتيب عند أبى حنيفة، خلافًا لمره تقدم كالوجه ما بيناه فى الرطب والتمر من الجانبين، وقيل: لا يجوز اتفاقا كالحنطة المقلية بغير المقلية. (الطائى وشرح النقاية)

(٤) قوله: "واللحوم" أى وصح بيع اللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلة؛ لأن أصولها أجناس مختلفة، وأسماءها باعتبار الإضافة كذلك، وكذا المقاصد، قيّد بالمختلفة لأن غيرها لا يجوز متفاضلا.

(٥) ولو باع لحم جاموس بلحم بقر لم يجز متفاضلا.

(٦) أى وصحّ بيع بعضها ببعض متفاضلا.

(٧) قوله: "ولبن" أى وصح بيع لبن البقر بلبن الغنم لاختلاف أجناسهما، بخلاف لبن المعز والضأن لأنهما جنس واحد (عز)

(٨) قوله: "دخل" أى وصحت أيضًا هذه البيوع بيع خلّ الدقل بخل العنب يتساويان متفاضلان، وبيع شحم البطن بالألية بعضها ببعض متفاضلا، وبيع شحم البطن باللحم؛ لأنها أجناس مختلفة لاختلاف الصور والمعانى والمنافع. (عز)

أى لا يصح / أى وصح أيضًا بيع الخبز

بالالية أو باللحم، والخبز[1] بالبُرّ أو الدقيق متفاضلا، لا[2] بيع

أى ولا بيع السمسم / أى ولا يصح بيع الزيتون

البُرّ بالدقيق أو بالسّويق والزيتون بالزيت، والسمسم بالشّيرج

ليكون الدين بمثله، والزيادة بالثقل. الخالص

حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما فى الزيتون والسمسم،

مديونًا كان أو لا فى الصحيح / أى لا يستقرض من حيث العدد / من حيث الوزن

ويستقرض[3] الخبز وزنا لا عددا، ولا ربا[4] بين المولى وعبده،

أى فى دار الحرب

ولا[5] بين المسلم والحربى ثمه.

---

(١) قوله: "والخبز" وصح أيضًا بيع الخبز بالبر والدقيق متفاضلا لكن يدًا بيد؛ لأن الخبز صار عدديًا، أو وزنيًا، فخرج عن كونه كيليًا والبر كيلى. (ع والكشف)

(٢) قوله: "لا" أى لا تصح هذه البيوع، أما بيع البن بالدقيق أو بالسويق فلا يصح مطلقًا لا متفاضلا ولا متساويا؛ لأن المجانسة باقية لمن وجه؛ لأنهما عن أجزاء الحنطة، والمعيار فيهما الكيل، لكن الكيل غير مسوّ بينهما لا اكتناهما وتخذ حيات البر فداء يجوز، وإن كان كيلا فأما بيع الزيتون بالزيت، وبيع السمسم بالشيرج، فعدم جواز مشروط بما إذا كانت الزيت مساويا لما فى الزيتون أو الشيرج لما فى السمسم، وإن كان كل واحد منهما أزيد مما يقابله مما فى الزيتون والسمس، وكان كالحابص بمثل وزن الزيتون، أو السمسم أو أكثر إذ لو لم يكن كذلك، فمعرفة الأكثرية مشكل؛ لأن الظن والخرص لا يعتبر فى باب الربا، فيكون الدهن بمثله والزيادة بالتنجيز فيجوز. (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: "ويستقرض" وهذا عند أبى يوسف، وعند محمد رحمه الله تعالى يستقرض بها، وعند أبى حنيفة لا يستقرض بها، وذكر الشارح أن الفتوى على قول أبى يوسف، وفى "شرح المجمع" الفتوى على قول محمد، وفى "فتح القدير": وأنا أرى أن قول محمد أحسن، وفى "الجواهرة" قال محمد: ثلاث من الدناءة: استقراض الخبز والجلوس على باب الحمام والنظر فى مرآة الحجام. (البحر)

(٤) قوله: "ولا ربا" لأن العبد وما فى يده لسيده، هذا إذا لم يكن مأذونًا مديونًا، وكذا لا ربا بين السيد وأم ولده، ولا بين المدبر وسيده؛ لأن كسب كل واحد منهما لسيده، بخلاف المكاتب؛ لأنه صار كالحر يدًا. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "ولا" وقال أبو يوسف ومالك والشافعى وأحمد: يقع بينهما الربا لإطلاق النصوص الواردة، ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن مال أهل الحرب مباح فى دارهم، فكأن الحربى آخذ بالربا مالا مباحًا بلا عذر، فيصح، والمراد بالنصوص الربا فى مال محظور، ومال الحربى فى دار الحرب غير محظور، بخلاف المستأمن منهم؛ لأن ماله صار محظورا بقدر الأمان.

وما رواه مكحول عن النبى ﷺ أنه قال: «لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب»، ذكره محمد بن الحسن وأسعد البيهقى فى "المعرفة" فى كتاب السير عن الشافعى رحمه الله قال: قال أبو يوسف: إنما

جمع حق وهو مصدر حق الشيء إذا وجب

باب[1] الحقوق

ثبت، ولهذا يقال: بمرافق الدار حقوقها — أى إلا أن يقول المشترى: بكل الخ

العلو[2] لا يدخل بشراء بيت بكل حق وبشراء[3] منزل

أى أو يقول: بمرافقه — أى أو يقول: بكل...إلخ

إلا بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل وكثير هو فيه أو

وهو بيت الماء — أى لا أن يقول: بكل حق هو له أو نحو ذلك ن

منه، ودخل بشراء دار كالكنيف[4] لا[5] الظلّة إلا بكل حق هو

قال أبو حنيفة هذا لأن بعض المشيخة حدثنا عن مكحول عن رسول الله ﷺ أنه قال: لا ربا بين أهل الحرب، وأظنه قال: وأهل الإسلام، قال الشافعي: وهذا حديث ليس له ثبات، ولا حجة فيه.

وقال في "المبسوط": هذا مرسل، ومكحول ثقة، والمرسل من مثله مقبول. (شرح النقاية)

(١) قوله: "باب" كان من حق مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول البيوع إلا أن المصنف التزم ترتيب "الجامع الصغير"؛ ولأن الحقوق توابع، فيليق ذكرها بعد مسائل البيوع. (البحر)

(٢) قوله: "العلو [علو الدار وغيرها خلاف السفل]" يعني إذا اشترى بيتًا فوقه بيت لا يدخل فيه العلو، ولو قال: بكل حق هو له ما لم ينص عليه؛ لأن البيت أم المسقف واحد يصلح للبيتوتة، والعلو مثله، والشيء لا يكون تبعا لمثله، وأورد المستعير له أن يعير ما لا يختلف، والمكاتب له أن يكاتب عبده، فأجيب بأن ذلك ليس بطريق الاستتباع، بل لمالك المستعير المنفعة بغير بدل كان له أن يملك ما ملك كذلك، والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك؛ لأن كتابة عبده من أكسابه. (البحر بحذف)

(٣) قوله: "وبشراء [أى ولا يدخل العلو بشراء. . .إلخ]" أى لا يدخل العلو بشراء منزل إلا أن يقول: بكل حق هو له، أو بمرافقه، أو بكل قليل أو كثير هو أو منه، أو بشراء الدار يدخل العلو وإن لم يذكر شيئًا من ذلك، كما يدخل الكنيف؛ لأن الدار اسم لما أدير عليها الحدود من الحائط، ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف، والعلو من أجواءه توابعه، فيدخل فيه من غير ذكر، والمنزل بين الدار والبيت؛ لأنه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه، فإنه ليس فيه إصطبل، فكان له شبه بهما، فأشبه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع، وتشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توقيرًا على الشبهين حظهما. (الزيلعي بحذف)

(٤) أى كما يدخل بشراء الدار وإن لم يصرّح به طاق الكنيف منها.

(٥) قوله: "لا" أى لا تدخل الظلّة في بيع الدار إلا إذا قال: بكل حق، وهي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار والآخر على الدار الآخر، أو على أسطوانات في السكة، وإنما لا تدخل عند أبي حنيفة لأنها مبنية على الطريق، فأخذت حكمه، وعندهما إن كان مفتحها في الدار تدخل مطلقًا؛ لأنها من توابعها كالكنيف. (البحر)

له، ولا[١] يدخل الطريق والمسيل[٢] والشرب[٣] إلا بنحو كل
ن والرهن أو الوقف، فإنها تدخل وإن لم يقل: ذلك ف
حق هو له، بخلاف الإجارة فيها.

ذكره عقيب الحقوق للمناسبة بينهما لفظًا وهو معنى طلب الحق

باب الاستحقاق

في الكلام
البيّنة[٤] حجةٌ متعدّية لا الإقرار، والتناقض يمنع[٥] دعوى
أي لا يمنع التناقض دعوى الحرية. أي جارية مبيعة. لاباستيلادمنه عندالمشتري
الملك لا[٦] الحرّية[٧]، والطلاق والنسب، مبيعة ولدت

(١) قوله: "لا" أي لا تدخل الثلاثة في بيع الأرض أو المسكن إلا بذكر كل حق حتى ونحوه، بخلاف الإجارة حيث تدخل مطلقًا لأن كلا منهما خارج عن الحدود، فكانت تابعةً فتدخل بذكر التوابع، وأما الإجارة فإنما المقصود منها الانتفاع، ولا يتحقق إلا بها. (البحر)

(٢) وهو موضع جريان الماء من المطر وغيره.

(٣) بكسر الشين: وهو النصيب من الماء في بيع المسكن أو الأرض.

(٤) قوله: "البيّنة" أي البينة حجة متعدّية إلى الغير تظهر في حق كافة الناس إذا اتصل بهاقضاء القاضي لا الإقرار، يعني ليس الإقرار بحجة متعدية إلى الغير؛ لأن البينة لا تصير حجة إلا بقضاء القاضي، وللقاضي ولاية عامة، فينفذ قضاءه في حق الكافة، والإقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء، وللمقر ولاية على نفسه دون غيره، فيقتصر عليه، وهذا أصل الفروع الكثيرة، منها أنه إذا اشترى عبدًا ثم ظهر له مستحق بالبينة فإنه يرجع على البائع بالثمن؛ لأنه يثبت بها الملك من الأصل، فيتعدى إلى الكل، ولو أقرّ به المشترى لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع. (الزيلعي والعيني بتصرّف)

(٥) قوله: "يمنع" لأن القاضي لا يمكنه أن يحكم بالكلام للتناقض إذ أحدها ليس بأولى من الآخر فسقطا، وهذا أصل لفروع كثيره مذكورة في الدعوى، ولا بأس بإيراد نبذة منها، فمن ذلك ما في الظهيرية: رجل ادعى على رجل مقدارًا معلومًا بأنه دين له عليه، وأنكره المدعى عليه، ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة، فإنه لا تسمع دعواه؛ لأنه متناقض في كلامه، ولو كان الأمر بالعكس تسمع لإمكان التوفيق؛ لأن مال الشركة يجوز أن يكون دينا بالجحود، والدين لا يصير مال الشركة. (البحر)

(٦) قوله: "لا" لأن مبناها على الخفاء، فيعذر في التناقض؛ لأن النسب يبتنى على العلوق، والطلاق والحرية منفرد بهما الزوج والمولى، فتفرع على المسألة الأولى ما في "المبسوط" من باب الإقرار بالرق أن الأمة إذا أقرت بالرق فباعها المقر له جاز، فإن ادعه عتقا بهذا البيع، وأقامت البينة على عتق من البائع، أو على أنها حرة من الأصل، قبلت بينتها استحسانًا.

أى فظهر لها مستحق. يعنى يأخذها المستحق مع ولدها. المشتري. أى لا يتبعها ولدها، فيأخذ المقر له الجارية فقط

فاستحقت ببينة يتبعها ولدها، وإن أقر بها لرجل لا[1]، و إن[2]

أى لرجل يطلب شراء عبد لفلان إياه للمفاجأة أى ظهر حرًا

قال عبدٌ لمشتر: اشترنى فأنا عبد، فاشتراه فإذا هو حر، فإن

يعنى يدرى أين هو ولا بد لهذا الحكم من الإقرار بالرقية والأمر بالشراء.

كان البائع حاضرًا أو غائبًا غيبة معروفة، فلا شيء على العبد،

بالثمن، أى وإن لم يدر البائع أين هو؟ أى ورجع العبد. إن ظفر به

وإلا[3] رجع المشترى على العبد، والعبد على البائع

مجهولا

بخلاف[4] الرهن، ومن ادعى حقا فى دار، فصُولح على مائة،

وأما التناقض المعفو فى النسب فصورته: لو باع عبدًا له عنده، وباعه المشترى من آخر، ثم ادعاه البائع الأول أنه ابنه، فتسمع دعواه، ويبطل الشراء الأول والثانى؛ لأن النسب يبتنى العلوق، فيخفى فيعذر فى التناقض، وأما الطلاق فصوره يعنى بما إذا اختلفت من زوجها، ثم أقامت بينته أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع، فإنه تقبل بينتها، ولها أن تسترد بدل الخلع، وإن كانت متناقضة لاستقلال الزوج بإيقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك. (البحر بحذف)

(٧) المرادبها إن أنبيا على أنبيا، فإنه يعفى فيه المتناقض.

(١) قوله: "لا" وجه الفرق أن البينة حجة مطلقة، فإنها كاسمها مبنية، فيظن بما ملكه من الأصل، والولد كان متصلا بها، فكان له، أما الإقرار فحجة قاصرة يثبت الملك فى المخبر به ضرورة صحة الإخبار، وقد اندفعت بإثباته بعد الانفصال، فلا يكون الولد له. (الكشف مع زيادة)

(٢) قوله: "وإن" تفريع على أن التناقض فى دعوى الحرية معفو عنه، فإن هذا الشخص أقر أولا بالعبودية، ثم ظهر بعد ذلك أنه حر بدعواه، فكان متناقضًا، لكنه معفوّ عنه فى دعوى الحرية، فتقبل الشهادة. (البحر)

(٣) قوله: "وإلا" أى وإن كان البائع غائبًا غيبةً معروفة، بأن لم يدر مكانه، فإن المشترى يرجع على من قال له: اشترنى فأنا عبد بما دفع إلى البائع من الثمن، ثم يرجع على من باعه بما رجع المشترى به عليه إن قدر، وإنما يرجع به على من باعه مع أنه لم يأمره بالضمان عنه لأنه أدى دينه، وهو مضطر فى أداءه، بخلاف من أدى عن آخر دينًا أو حقًا عليه بغير أمره، وليس مضطرًا فيه، فإنه لا يرجع به. (البحر)

(٤) قوله: "بخلاف" يعنى إذا قال: ارتهنى فإنى عبد، فارتهنه، فإذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال، سواء كان الراهن حاضرًا أو غائبًا؛ لأنه ليس بمعاوضة بل وثيقة، فلا يجعل الأمر به ضمانًا للسلامة، أما البيع فعقد معاوضة، فأمكن أن يجعل الأمر به ضمانًا للسلامة، كما هو موجبه. (الزيلعي والكشف)

المدعى عليه على المدعى — والمسألة بحالها

فاستحق بعضها لم يرجع(١) بشيء، ولو ادّعى كلها رجع(٢)

أى بقسط استحق

بقسطه.

في بيع الفضولي

فصل(٣)

بلا أمره — أى أن يفسخ البيع — البيع

ومَن(٤) باع ملك غيره، فللمالك أن يفسخه، أو يُجيزه إن

---

(١) قوله: "لم يرجع" لجواز أن يكون دعواه في ما بقي، وإن قل، فما دام في يده شيء لم يرجع، قيد باستحقاق بعضها؛ لأنها لو استحق كلها رجع بما دفع للتيقن بأنه أخذ عوضًا عما لا يملكه فيرده. (البحر)

(٢) قوله: "رجع [المدعى عليه على المدعى]" لأن الصلح على مائة وقع عن كل الدار، فإذا استحق منها شيء تبين أن المدعى لا يملك ذلك القدر، فيرد بحسابه من العوض. (الزيلعي)

(٣) قوله: "فصل" قال الإتقاني: مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة جدًا، فإن المال في الصورتين جميعًا في يد صاحب اليد بلا إذن المالك. (الشلبي)

(٤) قوله: "ومن" أي إذا باع أينًا أحد ملك غيره بغير أمره، فمالكه مخير بين أن يفسخ العقد إن شاء، أو يجيزه، وهذا الخيار مشروط بشرط الأول بقاء العاقدين، وهما البائع الفضولي والمشترى منه، والثاني بقاء المعقود عليه وهو المبيع، والثالث بقاء المعقود له، وهو المالك، والرابع بقاء المعقود به وهو الثمن، ولكن شرطية بقاء الثمن مشروطة بعوضيته، يعني إن كان المعقود به عرضًا فلا بد لهذا الخيار من بقاء الثمن، وإلا فلا.

وجه الاشتراط: أن الإجازة تصرف في العقد، فلا بد من قيامه، وذلك بقيام هذه الأربعة، ولو مات المالك لا ينفذ إجازة الوارث؛ لأنه يتوقف على إجازة المورث بنفسه، فإن الإجازة اختيار العقد، والاختيار عرض غير قابل للنقل، قال الشافعي: لا ينعقد البيع، إذ لا ولاية له شرعًا؛ لأنها بالملك، أو بإذن المالك، وقد فقدا، ولا انعقاد إلا بالولاية الشرعية.

ولنا: أن التصرف صدر من أهله في محله، فوجب القول بانعقاد، إذ لا ضرر فيه لأحد، أما المالك فلتخييره بل حصل به نفع الكفاية عن طلب المشترى وقرار الثمن، وأما العاقد فله فيه نفع أيضًا لصون كلامه عن الإلغاء، ولحصول الثواب إذا نوى إيصال الخير لأخيه المسلم، وأما المشترى فله نفع أيضًا لوصوله إلى حاجته، فثبتت القدرة الشرعية لهذه الوجوه كيف والإذن ثابت دلالة؛ لأن العاقل يأذن لي التصرف النافع. (عز)

أى لو كان الثمن عرضًا
بقى العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضا، وصحّ(١) عتق
اسم فاعل من الاشتراء أى عبفَصبه وباعه له من المالك
مشتر من غاصب بإجازة بيعه لا بيعه، ولو قُطعت(٢) يده
الأرش: دية الجراحات جمع أروش أى فأرش يد العبد يكون لمشتريه المشترى
عند المشترى، فأخذ أرشه فأُجيز(٣) فأرشه لمشتريه، وتصدق(٤)
من الأرش شخص أى أقام بينة
بما زاد على نصف الثمن، ولو باع عبدَ غيره بغير أمره فبرهن
الفضولى
المشترى على إقرار البائع، أو ربُّ العبد(٥) أنه(٦) لم يأمُره
أى بيع العبد المذكور. المشترى المذكور بيّنته في مسألة الكتاب المذكور
بالبيع، و أراد ردّ البيع لم تقبل(٧) بينته، وإن أقرّ البائع بذلك

---

(١) قوله: "وصحّ" معناه لو غصب رجل عبدًا وباعه، فأعتقه المشترى، فأجاز المالك البيع جاز عتقه، ولو لم يعتقه المشترى، ولكن باعه لم يجز بيعه، أما الأول ففيه خلاف محمد رحمه الله تعالى، فإنه قال: لا يصح كما لا يصح إعتاق المشترى من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان، ولهما: أنه ثبت له ملك موقوف بتصرف مطلق موضوع لإفادة الملك، ولا ضرر فيه كمامر، فيتوقف الإعتاق مرتّبًا عليه، وينفذ بنفاذه، كإعتاق المشترى من الراهن، وأما إعتاق المشترى من الغاصب إذا أدى الغاصب الضمان قنا فذكرا ذكره هلال، وهو الأصح.

وأما الثانى فلثبوت الملك للمشترى موقوفًا ثم بالإجازة ثبت للبائع -وهو المشترى الأول- ملك بات فإذا طرأ على ملك موقوف لغيره بطله. (الزيلعى والكشف بتصرّف)

(٢) قوله: "ولو قطعت" أى لو قطعت يد عبد باعه الفضولى، ثم أجاز مالكه البيع، يكون أرش اليد للمشترى؛ لأن الملك ثبت له من وقت الشراء، فتبين أن القطع ورد على ملكه، وعلى هذا كل ما يحدث من البيع من كسب، أو ولد وعقر قبل الإجازة، فهو للمشترى. (الزيلعى)

(٣) أى ثم أجاز مالكه البيع، أى لا يصح بيع المشترى من الغاصب بإجازة المالك البيع الأول.

(٤) فيه من شبهة عدم الملك لثبوته استنادا.

(٥) أى أدير من المشترى على رب العبد أى مالكه أنه... إلخ.

(٦) أى أن كل واحد من البائع أو مالك العبد.

(٧) قوله: "لم تقبل" أى لا تقبل بينته لبطلان دعواه بالتناقض إذا قدمهما على العقد، وهما عاقلان اعتراف منهما بصحة ونفاذه، والبينة لا تبتنى الأعلى دعوى صحيحة، فإذا بطلت الدعوى لا تقبل، وقوله: بغير أمره زائد، وإن وقع فى "الجامع الصغير"؛ لأنه ليس من صورة المسألة. (البحر مع زيادة)

عند القاضي بطل[١] البيعُ إن طلب المشتري ذلك، ومن[٢] باع دار غيره، فأدخلها المشتري في بناءه لم يضمن البائع.

(بأن رب العبد لم يأمره بالبيع — بطلان المبيع — بغير إذنه — قيمة الدار (ز د))

باب[٣] السلم[٤]

ما أمكن ضبطُ صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه، وما لا[٥] فلا، فيصح[٦] في المكيل والموزون[٧] المُثَمّن[٨]

(يعني كل شيء — لأنه لا يفضى إلى المنازعة — السلم — كالبرّ والشعير ونحوهما)

(١) قوله: "بطل" لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار لعدم التهمة، فللمشتري أن يساعده فيه، فينتفيان فينتقض في حقهما، وهو المراد ببطلان البيع في عبارة لا في حق رب العبد إن كذبهما، وادعى أنه كان أمره، فإذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما؛ لأنه وكيله، وليس له مطالبة المشتري لبراءته بالتصادق، وعند أبي يوسف رحمه الله تعالى له أن يطالبه. (البحر)

(٢) قوله: "ومن" ومعنى المسألة: إذا باع دار غيره بغير إذنه، ثم اعترف البائع بالغصب، وأنكر المشتري، لم يضمن البائع للدار؛ لأن إقرار البائع لا يصدق على المشتري، ولا بد من إقامة البينة حتى يأخذها، فإذا لم يقم المستحق، وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافًا إلى عجزه عن إقامة البينة لا إلى عقد البائع؛ لأن الغاصب لا يجوز بيعه، فعلى هذا التقدير يعلم أن قوله: فأدخلها المشتري في بناءه وقع اتفاقا، إذ لا تأثير للإدخال في البناء في ذلك. (الزيلعي)

(٣) قوله: "باب" لما كان من أنواع البيوع، ولكن شرط فيه القبض كالصرف أخرهما، وقدمه على الصرف؛ لأن الشرط في الصرف قبضهما، وفي السلم قبض أحدهما، فهو بمنزلة المفرد من المركب. (المجمع)

(٤) قوله: "السلم" هو لغةً: كالسلف وزنًا ومعنًى، وشرعًا: بيع آجل وهو المسلم فيه بعاجل، وهو رأس المال. (الدرّ)

(٥) قوله: "ومالا" أي ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لا يجوز السلم فيه؛ لأنه دين، وهو لا يعرف إلا بالوصف، فإذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالته تفضي إلى المنازعة، فلا يجوز كسائر الديون. (الزيلعي)

(٦) شرع يبيّن الفصلين بالفاء التفصيلية بقوله: فيصح... إلخ.

(٧) كالعسل والزيت ونحوهما.

(٨) قوله: "المثمن [لا الثمن]" قيد الثمن احترازًا عن الدراهم والدنانير، فإنها وإن كانت موزونة لكنها ثمن، فلا يجوز الإسلام فيها؛ لأن السلم تعجيل الثمن، وتأجيل المبيع، ولو جاز فيها انعكس،

أي وكالفلس لأنه عددى يمكن ضبطه، فيصح السلم فيه د ز ك و
والعَددِى(١) المتقارب(٢) كالجوز والبَيض والفلس واللّبِن(٣)
بكسر الميم وفتح الباء الموحدة: قالب اللبن
والآجرّ(٤) إن سمى مِلبن معلوم، والذّرعى(٥) كالثوب(٦) إن
أى وبعد ذكر الجنس والنوع. بأنه قطن أو كتّان أو مركب منهما
بيــن الذراع(٧) والصفة(٨) والرقعة والصنعة(٩)، لا(١٠) فى
ك و ف ك ف د ك د من حيث العدد
الحيوان(١١) وأطرافه(١٢) والجلود(١٣) عددا، أو الحَطب(١٤)

فإذا لم يقع سلمًا يكون باطلا . (البحر)

(١) أى يصح فى العددى المتقارب ؛ لأنه معلوم مضبوط الوصف مقدور التسليم .

(٢) والتفاوت فى هدر عرفًا .

(٣) قوله : "واللبن [اللبن -بكسر الباء- ما يعمل من الطين يبنى به]" أى يصح السلم فى اللبن والآجر إن عيّن بلبنهما ؛ لأن آحادهما لا تتفاوت إذا عينت الآلة ، وإذا لم تعين لا يجوز لإفضاءه إلى المنازعة . (البحر مع تصرّف وزيادة)

(٤) بضم الجيم وتشديد الراء من المدّ أشهر من التخفيف وهو اللبن إذا طبخ .

(٥) قوله : "والذرعى" أى ويصح السلم أيضًا فى الذرعى إذا بين ذراعه وصفته ، وصنعته ؛ لأنه يصير معلومًا بذكر هذه الأشياء ، فلا يؤدى إلى النزاع ، وإن كان ثوب حرير يباع بالوزن لا بد من بيان وزنه مع ذلك ؛ لأنه يصير معلومًا به . (الزيلعى مع زيادة)

(٦) أى ويصح السلم فى المذروعات ؛ لأنه يمكن ضبطها بما ذكرنا .

(٧) أى قدره كذا كذا ذراعًا .

(٨) ولا بد من ذكر الوزن فى ثوب الحرير ، سواء تزيد قيمته بالثقل أو بالخفة .

(٩) بأنه عمل الشام أو الروم .

(١٠) قوله : "لا" أى لا يصح السلم فيه ، ولو بيّن النوع والسنّ والصفة لفحش التفاوت بالمالية مع ما ذكر باعتبار المعانى الباطنة ، فيفضى إلى النزاع ، بخلاف الثياب لأنها مصنوع العباد فقلما يتفاوت الثوبان نسجا على منوال ، وقد صحّ أنه ﷺ نهى عن السلم فى الحيوان ، رواه الحاكم والدارقطنى . (الكشف مع تصرّف)

(١١) أى لا يصح السلم ، لتفاوت آحاده ؛ لأنه وإن أمكن ضبط ظاهره لا يمكن باطنه .

(١٢) كالرأس والأكارع لفحش التفاوت .

(١٣) قوله : "والجلود" أى لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش إلا أن يبين ضربًا معلومًا وطولا

أى لا يصح السلم فيها للتفاوت ــ نحو الياقوت بأنواعه ــ نحو العقيق.
حزمًا[١] والرطبة جرزًا، والجوهر[٢] والخرز[٣]

عند العقد أو المحل أو بينهما (ك ف د ط) ــ السلم من حيث الوزن
والمنقطع[٤] والسمك[٥] الطّرىّ، وصح وزنا لو مالحًا[٦]،

س م ــ معين، أى ولا يصح أيضًا ــ ولو كانا معلوم القدر جاز س ــ بعينها
واللحم[٧] وبمكيال[٨] أو ذراع لم يدر قدره، وبر[٩] قرية أو تمر

وعرضًا وصفةً معلومة من الجودة والرداءة، فيجوز حينئذٍ عددًا ووزنًا. (البحر)

(١٤) قوله: "والحطب" أى لا يجوز السلم فيها للتفاوت الفاحش؛ لأنه مجهول لا يعرف طوله وغلظه، حتى لو عرف ذلك، بأن بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبيّن طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى إلى النزاع جاز. (البحر)

(١) بضم الحاء وفتح الراء: جمع حزمة أى مشدودًا بشدة شدة كل حزمة.

(٢) قوله: "والجوهر" أى لا يصح السلم أيضًا فى الجواهر والخرز لتفاوت آحاده الأصغار اللؤلؤ التى تباع وزنًا يجوز السلم فيها وزنًا؛ لأنها تباع به، فأمكن معرفة قدرها. (البحر)

(٣) الخرز -بالتحريك- الذى ينظم وخرزات الملك جواهر تاجه، يقال: كان الملك إذا ملك عامًا زيدت فى تاجه خرزة ليعلم عدد سنى ملكة. (الطحطاوى)

(٤) قوله: "والمنقطع" أى لا يجوز السلم فى الشىء المنقطع لفوت شرطه، وهو أن يكون موجودًا من حين العقد إلى حين المحل -بكسر الحاء- مصدر ميمى من الحلول، حتى لو كان منقطعًا عند العقد موجودًا عند المحل أو بالعكس، أو منقطعًا فيما بين ذلك لم يجز؛ لأنه غير مقدور التسليم لتوهم موت المسلم إليه، فيحل الأجل، وهو منقطع، فيتضرر رب السلم، وجد الانقطاع أن لا يوجد فى الأسواق التى تباع فيها، وإن كان فى البيوت وفى "البناية" معزيًا إلى "مبسوط أبى اليسر": ولو انقطع أقليم دون إقليم لا يصح السلم فى الإقليم الذى لا يوجد فيه؛ لأنه لا يمكن إحضاره إلا بمشقة عظيمة، فيعجز عن التسليم. (البحر بحذف)

(٥) قوله: "والسمك" أى لا يجوز فيه؛ لأنه ينقطع عن أيدى الناس فى الشتاء لانجماد المياه، حتى لو كان فى وقت لا ينتفع فيه جاز وزنًا، والحاصل كما فى "شرح الطحاوى": أنه إما أن يكون طريًا أو مالحًا، ولا يخلو إما أن يسلم عددًا أو وزنًا، فإن أسلم فيه عددًا لم يجز مطلقًا للتفاوت، وإن أسلم فيه وزنًا فإن كان مملوحًا يجوز وإن كان طريًا، فإن كان العقد فى حينه، ولا ينقطع فيما بينهما جاز وإلا فلا. (البحر)

(٦) أى لوكان السمك مالحًا، هو الذى شق بطنه وجعل فيه الملح.

(٧) قوله: "واللحم [أى ولا يصح السلم أيضًا فى اللحم]" أى ولا يصح السلم فى اللحم عند أبى حنيفة، ولو منزوع العظم على الأصح فى الروايتين عنه، ويصح عندهما كمالك والشافعى مطلقًا إن بيّن جنسه ونوعه وسنّه وصفته وموضعه وقدره، كشاة خصى ثنى سمين من الجنب كذا رطل بكذا

كالحنطة والتمر كالمنقى كالجيِّد والرديء والوسط كقوله: إلى شهر ونحوه

نخلة معيّنة، وشرطه[١] بيان الجنس والنوع والصفة والقدر[٢]

إذا كان العقد يتعلق على مقداره

والأجل[٣]، وأقله[٤] شهر، وقدر رأس المال في المكيل

أي إيفاء المسلم فيه أي في الذي بالفتح: الثقل ومؤنته

والموزون والمعدود، ومكان الإيفاء فيما له حمل من

يصح، كما يصح في الإلية والشحم والسمك وزنًا، وبه يفتى. (شرح النقاية)

(٨) قوله: "وبمكيال" أي لا يجوز السلم بذراع معين أو بمكيال معين لا يعرف قدره؛ لأنه يحتمل أن يضيع، فيؤدي إلى النزاع، بخلاف البيع به حالا حيث يجوز؛ لأن التسليم فيه يجب في الحال، فلا يتوهم فوته، وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته. (الزيلعي)

(٩) قوله: "وبر" أي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال أن يعتبر بهما آفة، فلا يقدر على تسليمهما، وإليه أشار عليه السلام بقوله: إذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه، ولو كانت النسبة لبيان النوع، بأن كان له نظير، فلا بأس به. (الزيلعي)

(١) قوله: "وشرطه" أي شرط جواز السلم تسعة أشياء، ذكر الشيخ منها ثمانية، والشرط التاسع الذي لم يذكره الشيخ هو القدرة على تحصيل المسلم فيه، أما اشتراط بيان الجنس والنوع والصفة والقدر فلأن المسلم فيه قد يختلف باختلاف هذه الأشياء، فلا بد من بيانها لقطع المنازعة.

وأما بيان الأجل فلقوله عليه الصلاة والسلام: من أسلف في شيء فليسلف في كيل معلوم ووزن معلوم إلى أجل معلوم، وأقل الأجل في السلم شهر، كذا روي عن محمد، وهو الأصح، وعليه الفتوى.

وأما بيان قدر رأس المال الكيلي والوزني العددي فلأنه ربما لا يقدر على تحصيل المسلم فيه، فيحتاج إلى رد رأس المال، فيجب أن يكون معلومًا، وأما بيان مكان الإيفاء فلأن التسليم غير واجب في الحال، فلا يتعين مكان العقد للتسليم بخلاف القرض والغصب والاستهلاك، فإن تسليمها يستحق بنفس الالتزام، فليتعين موضعه، فإن لم يتعين بقي مجهولا جهالة مفضية إلى المنازعة، لاختلاف القيم باختلاف الأماكن، فلا بد من البيان دفعًا للمنازعة، وصار كجهالة الوصف.

وأما قبض رأس المال فلأن السلم ينبئ عن أخذ عاجل بآجل، وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما في الحوالة والكفالة والصرف، ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مما يتعين أولا؛ لما ذكرنا، وهذا الأخير شرط بقاء السلم على الصحة؛ لأنه ينعقد صحيحًا، ثم يبطل بالافتراق لا إن قبض. (محمد إعزاز علي رحمه الله تعالى)

(٢) كقوله: عشرة أكرار في المكيلات، وعشرة أرطال في الموزونات، وعشرة أعداد في المعدودات. (العيني)

(٣) فلا يصح السلم إلا مؤجلا.

(٤) أي أقل الأجل في السلم.

كالبر كالمسك دار كافور القليلين والمسلم إليه
الأشياء، وما لا حمل له يوفيه حيث شاء(١)، وقبض رأس المال
أى قبل افتراق المتعاقدين انتصابًا على الحال
قبل الافتراق، فإن(٢) أسلم مائتى درهم فى كر(٣) بر مائة
صفة للمائة أى على المسلم إليه. صفة أى مائة منقودة أى فى حصة الدين
دينا عليه ومائة نقدا فالسلم فى الدين باطل، ولا
للمسلم إليه ولا لرب السلم راجع إلى المسلم إليه راجع إلى رب السلم
يصح(٤) التصرف فى رأس المال والمسلم فيه قبل القبض(٥)
أو مرابحة أى رب السلم والمسلم إليه بعد عقده ز ف
بشركة أو تولية، فإن تقايلا السلم لم يشتر(٦) من المسلم

---

(١) لعدم الاحتياج إلى بيان مكان الإيفاء بالإجماع.

(٢) قوله: "فإن" أى كان لرجل على رجل مائة دينًا، فأعطى الدائن المديون مائة أخرى، وقال: أسلمتها فى كر برّ، فالسلم فى حصة الدين باطل؛ لأنه دين بدين، وصح فى النقد لوجود قبض رأس المال بقدره، ولا يختلج فى قلبك عدم إشاعة فساده؛ لأنه طارئ بعارض الافتراق لا عن قبض، فإن العقد كان وقع صحيحًا فى الكل، ولذا لو نقد الكل قبل الافتراق عاد صحيحًا. (محمد إعزاز على رحمه الله تعالى)

(٣) بضم الكاف وتشديد الراء: ستون قفيزًا، والقفيز ثمانية مكاكيك، والمكوك صاع ونصف. (العينى)

(٤) قوله: "ولا يصح" لأن المسلم فيه مبيع، والتصرف فى المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز، ورأس المال مستحق فى القبض فى المجلس، والتصرف فيه مفوت له، فلم يجز، ففى التولية تمليكه بعوض، وفى الشركة تمليك بعده بعوض، فلم يجز.
وصورة الشركة فيه أن يقول رب السلم لآخر: أعطِنى نصف رأس المال ليكون نصف المسلم لك فيه، وصورة التولية أن يقول لآخر: أعطنى مثل ما أعطيت المسلم إليه حتى يكون المسلم فيه لك، وإنما صرّح بالتولية لرد قول من قال بجواز بيع المسلم فيه مرابحةً وتوليةً، وجزم به فى "الحاوى"، وهو قول ضعيف، والمذهب منعهما، وقد أشار إلى منع بيع السلم بالأولى، سواء كان من عليه أو من غيره، فلو باع رب السلم المسلم فيه من المسلم إليه بأكثر من رأس المال لا يصح، ولا يكون إقالة. (البحر ملخّصًا)

(٥) أى قبل قبض المسلم إليه رأس المال، وقبل القبض رب السلم المسلم فيه.

(٦) قوله: "لم يشتر [أى لا يجوز له أن يشترى قبل القبض على رأس المال شيئًا بحكم الإقالة]" لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تأخذ إلا سلمك أو رأس مالك»، أخرجه الدارقطنى عن سعيد الجوهرى وعلى بن حسين الدرهمى باللفظ المذكور، وقال: اللفظ للدرهمى، ورواه ابن ماجه معناه عن عطية العوفى وعطية العوفى، ضعفه أحمد، ورواه الترمذى وحسنه، أى سلمك حال قيام العقد، أو

إليه برأس المال شيئًا، ولو اشترى المسلَم إليه كُرًا[١] وأمر
أى بقبض الكر الذى اشتراه، ولم يقبضه.
لرب السلم بقبضه قضاءً[٢] لم يصح، وصحّ[٣] لو قرضًا، أو
أى فاكتاله له، ثم اكتاله لنفسه المسلم إليه وفى نسخة: قضاء
أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل، ولو أمره[٤] ربّ السلم أن يكيله

رأس مالك حال انفساخه. (الكشف)

(١) من الحنطة وكان رب السلم أسلم إليه فى كرّ حنطة.

(٢) أى لأجل القضاء عما عليه من الكرّ المسلم فيه.

(٣) قوله: "وصح" أى وصح القضاء لو كان الكرّ قرضًا، بأن أقرضه كرًا من الحنطة، ثم إن المستقرض اشترى كرًا من غيره، وأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه، فإنه يصح، وإن لم يعد الكيل، أو أمر المسلم إليه رب السلم بقبض الكرّ لأجل المسلم إليه، ثم بقبضه ثانيًا لنفس رب السلم بأن يعيد الكيل ثانيًا، ففعل رب السلم ذلك، بأن اكتال أولا بأجل المسلم إليه، ثم اكتال ثانيًا لنفسه، فإنه يصح، ويكون ذلك قضاء لحقه.

فإن قلت: ما الفرق بين هاتين المسألتين والمسألة الأولى حيث لم يصح القضاء فيها، وصح هما؟

قلت: الفرق بينهما كما فى البحر أنه إذا اجتمع هنا صفقتان، صفقة بين المسلم إليه وبين المشترى منه، وصفقة بين المسلم إليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل، فلا بد من الكيل مرتين، ولم يوجد فى الأولى، وهى ما إذا أمر المسلم إليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء لحقه، فلم يصح، ووجد فى الثانية، وهى أما إذا أمر رب السلم بقبضه له بأن يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيًا، والأصل فيه أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان، صاع البائع وصاع المشترى، ومحمله على ما إذا اجتمعت الصفقتان فيه، وأما فى صفقة واحدة فيكتفى بالكيل فيه مرة فى الصحيح. (العينى مع تغيّر ومحمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "ولو أمره" يعنى لو دفع رب السلم إلى المسلم إليه ظرفًا مثل الغرائر، وأمر المسلم إليه أن يكيل الطعام المسلم فيه، ويجعله فى الظرف، ففعل المسلم إليه، ورب السلم غائب، لم يكن قبضًا، ولو كان مكان السلم مشترى، بأن اشترى برًا معينًا، ودفع المشترى إلى البائع ظرفًا، وأمره أن يكيله، ويجعله فى الظرف، ففعل البائع والمشترى غائب صح، وهو المراد بقوله: بخلاف المبيع، والفرق أن رب السلم حقه فى الذمة، ولا يملكه إلا بالقبض، فلم يصادف أمره ملكه، فلا يصح، فيكون المسلم إليه مستعيرًا للظرف جاعلا فيه ملك نفسه كالدائن إذا دفع كيسًا إلى المدين، وأمره أن يتزن دينه، ويجعله فيه لم يصر قابضًا بوزنه، وصح الأمر فى البيع لمصادفته ملكه لكونه صار مالكًا للعين بنفس العقد، فصار البائع وكيلا عنه فى إمساك الغرائر، فصارت فى يد المشترى حكمًا، وصار الواقع فيها واقعًا فى يد المشترى. (الزيلعى والبحر)

المسلم إليه بأن كان له فى ظرفه. حالية وعليه أن يكيله ثانيا بحضرة المشترى
فى ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قبضا، بخلاف

رجل إلى رجل يعنى قبضها المسلم إليه المسلم إليه ورب السلم
المبيع، ولو أسلم أمة فى كر وقبضت الأمة فتقايلا فماتت[١]، أو

ثم تقايلا بعد موتها أى ويجب عليه. أى عكس مسألة السلم
ماتت قبل الإقالة بقى[٢] وصح[٣]، وعليه قيمتها، وعكسها[٤]

شراءها بألف، والقول[٥] لمدعى الرداءة[٦] والتأجيل[٧] لا لنافى

---

(١) قوله: "فماتت [أى ثم ماتت الأمة قبل أن يقبضه رب السلم بحكم الإقالة فى يد المسلم إليه]" يعنى ماتت الأمة بعد الإقالة قبل أن يقبضها رب السلم بحكم الإقالة، أو ماتت قبل الإقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الإقالة على حالها، ولم تبطل بموتها فى الأول، وصحت الإقالة بعد موتها فى الثانية، ويجب على المسلم إليه قيمته الجارية فيهما يوم قبضها؛ لأن شرط صحة الإقالة بقاء العقد، وهو يبقى ببقاء المعقود عليه، والمعقود عليه فى السلم هو المسلم فيه، وهو باق فى ذمة المسلم إليه بعد هلاك الجارية فصحت الإقالة ابتداء، وكذا يبقى بعد الهلاك؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، فإذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية، وقد عجز بموتها، فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها، كما لو تقايضا عبداً بجارية ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما فإنه يصح لبقاء أحدهما، ويجب رد الباقى منهما، ويجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا. (الزيلعى)

(٢) أى التقايل أى الإقالة لأحدهما فى المسألة الأولى.

(٣) أى التقايل أى الإقالة بعد موتها فى الثانية.

(٤) قوله: "وعكسها [وفى نسخة: عكسه]" أى عكس مسألة السلم شراء الجارية بألف، فإن الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الإقالة قبل القبض بطلت الإقالة، ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح؛ لأن المعقود عليه فيها هى الجارية، فلا تصح الإقالة بعد هلاكها ابتداء، ولا تبقى لانعدام المحل، فكانت عكس الأولى، بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الإقالة ابتداء بعد هلاك أحدهما، ولا تبطل به؛ لأن كل واحد من العوضين فيه معقود عليه، لكونه مبيعاً من وجه، فبقى العقد ببقاء أحدهما. (الزيلعى)

(٥) قوله: "والقول" يعنى إذا اختلفا فى اشتراط الوصف فى المسلم فيه، بأن قال أحدهما شرطنا رديا، وقال الآخر: لم نشترط شيئًا، أو قال أحدهما شرطنا الأجل، وقال الآخر: لم نشترط شيئًا، كان القول من يدعى اشتراط الوصف والأجل؛ لأنه يدعى الصحة، إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلا موصوفًا، فكان الظاهر شاهداً له؛ لأن الفاسد حرام، والظاهر من حال المسلم أن يتجنب الحرام ويباشر المباح. (الزيلعى)

(٦) بأن قال: هو شرطنا طعامًا رديئًا، وقال الآخر: لم تشترط شيئًا.

(٧) أى ولمدعى التأجيل، بأن قال وهو شرطنا التأجيل، وقال الآخر: لم نشترط شيئًا.

وهو الرداءة للإجماع العملى ز ف ك د
الوصف والأجل، وصح السلم والاستصناع(١) فى نحو(٢)
وغير ذلك من الأوانى أى للمستصنع أى المصنوع
خُفّ وطَستٍ وقمقم وله(٣) الخيار إذا رآه، وللصانع(٤) بيعه قبل
المستصنع س مهمـ
أن يراه، ومُؤجله(٥) سلَمٌ.

---

(١) قوله: "والاستصناع" هو لغةً: طلب العمل متعد إلى مفعولين، وشرعًا: بيع ما يصفه عينًا، فيطلب فيه من الصانع العمل والعين جميعًا، فلو كان العين من المستصنع كان إجارة لا استصناعًا، وكيفيته أن يقول لصانع كخفاف: مثلا اصنع لى من مالك خفًا من هذا الجنس بهذه الصفة بعشرين. (المجمع)

(٢) قوله: "فى نحو" أما السلم فلأنه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره، فوجب القول بجوازه إذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا من قبل، وأما الاستصناع فللإجماع الثابت بالتعمل من لدن النبى ﷺ إلى يومنا هذا، وهو من أقوى الحجج، فقد استصنع النبى ﷺ خاتمًا ومنبرًا، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لأنه بيع المعدوم، وهو منهى عنه، ولكن ترك العمل به بما ذكرنا، والقياس يترك بمثله. (الزيلعى بحذف)

(٣) قوله: "وله" أى للمستصنع الخيار إذا رأى المصنوع؛ لأنه اشترى ما لم يره، بخلاف السلم؛ لأنه لا فائدة فى إثبات الخيار فيه؛ لأنه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين، إذ المسلم فيه دين فى الذمة، فيبقى فيها حتى يقبضه، وهذا يفيد الفسخ؛ لأنه يتعين بالإحضار، ولا خيار للصانع؛ لأنه باع ما لم يرَه. (الزيلعى)

(٤) قوله "وللصانع" لأنه لا يتعين إلا باختيار المستصنع، وقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعينه، وإذا رآه ورضى به ليس له أن يبيعه؛ لأن بالإحضار أسقط خياره، ولزم من جانبه، فإذا رضى به المستصنع ثبت اللزوم فى حقه أيضًا. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ومؤجله" أى إذا أجله المستصنع صار سلمًا، فيراعى فيه شرائط السلم، وقال: مؤجله استصناع إن كان فيه تعامل، وله أن جواز السلم بإجماع لا شبهة فيه، وفى تعاملهم الاستصناع نوع شبهة؛ لأن فيه خلاف زفر والشافعى رحمهما الله، فكان الحمل على السلم أولى. (البحر والكشف بتصرّف)

من أبواب شتى

باب المتفرقات

ولو عقورًا سبع معروف جمعه فهود بسائر أنواعها

صحّ بيع الكلب[١] والفهد والسباع والطيور[٢]، والذمّي

أى في جميع المعاملات من الصرف والسلم وغيرهما شخص لغيره

كالمسلم[٣] في بيع غير الخمر والخنزير، ولو قال: بع عبدك

مثلا درهم درهمٍ الثمن

من زيد بألفٍ على أنّي ضامن لك مائةً سوى الألف فباع[٤]

البيع درهم، ويأخذه من المشترى بالمائة هذا القائل كلمة من الثمن أى تجب على زيد

صحّ بألف، وبطل الضمان، وإن زاد[٥] من الثمن، فالألف على

أى تجب على الضامن ز ف أى الأمة للأمة

زيد، والمائة على الضامن، ووطءُ[٦] زوج المشتراة قبضٌ لا

---

(١) قوله: "الكلب" وشرط الأئمة بجواز بيع الكلب ونحوه أن يكون معلّمًا، أو قابلا للتعليم، وقال الشافعي: لا يصح بيع الكلب مطلقًا، لأنه نجس العين كالخنزير، وكذا عندنا في رواية، وهو قول أحمد وبعض أصحاب مالك، والمشهور من مذهبه الجواز، وأما اقتناء الكلب للصيد، أو لحفظ الزرع أو المواشي أو البيوت فجائزة بالإجماع؛ لهم ما روى البخاري ومسلم من حديث أبي سعيد الأنصاري أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحلوان الكاهن، ولنا ما روى أبو حنيفة في "مسنده" عن الهيثم عن عكرمة عن ابن عباس قال: رخص رسول الله ﷺ في ثمن كلب الصيد. (شرح النقاية)

(٢) لأنها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعًا.

(٣) قوله: "كالمسلم" لقوله عليه الصلاة والسلام في ذلك الحديث: فاعلمهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين؛ ولأنه مكلف محتاج، وأما الخمر والخنزير فمال في اعتقادهم، ونحن أمرنا بتركهم وما يعتقدون. (الكشف)

(٤) الرجل عبده بهذا الشرط.

(٥) قوله: "زاد" يعني زاد هذه الكلمة بأن قال: بع عبدك من زيد بألف على أني ضامن لك مائة من الثمن سوى الألف، فإنه يصح ويكون الألف على المشترى، والمائة على الضامن؛ لأن في الأول يصير التزامًا ابتداء، وهو رشوة، وفي الثاني يصير زيادة في الثمن، وهي جائزة من الأجنبي، ولا رجوع له بها على المشترى، ولا تظهر في حق الشفيع والمرابحة. (الزيلعي والبحر)

(٦) قوله: "وطءُ" يعني لو اشترى أمةً وزوجها للمشترى قبل القبض صح النكاح لوجود الملك في الرقبة على الكمال، بخلاف البيع لأنه يبطل بالغرور، ويشترط فيه القدرة على التسليم، بخلاف ألا ترى أن تزويج الآبق يجوز دون بيعه، ثم إذا جاز النكاح فإن وطءها كان قبضًا لها؛ لأن الوطء من الزوج حصل بتسليط المشترى، فصار منسوبًا إليه، كأنه فعله بنفسه، وإن لم يطأها لا يكون قبضًا لها.

أي منقولا إذ العقار لا يبيعه القاضي. أي أقام بيّنة

عقده(١)، ومن(٢) اشترى عبدا، فغاب(٣) فبرهن البائع على

حالية وطلب من القاضي أن يبيعه بدينه. وأي لم يبع القاضي. العبد أي بأمر القاضي.

بيعه(٤) و غيبته معروفة، لم يبع بدين البائع(٥) وإلا(٦) بِيع بدينه،

بأن اشتريا شيئًا، فغاب أحدهما قبل القبض.

ولو غاب(٧) أحد المشتريين فللحاضر دفعُ كل الثمن،

(الزيلعى)

(١) يعنى ليس عقد زوج الأمة المشتراة للقبض.

(٢) قوله "ومن" أي إذا اشترى شخص عبدًا فغاب المشترى قبل القبض، وأقام البائع البينة أن هذا العبد كان له، وباعه من فلان وغاب قبل أن ينقد الثمن، وطلب من القاضى أن يبيعه بدينه، فإن غاب المشترى غيبة معروفة، لم يبعه القاضى بدينه؛ لأنه يتوصل إلى حقه بدون بيعه بالذهاب إليه، فلا حاجة إلى بيعه؛ لأن فيه إبطال حق المشترى فى العين، وإن لم يدر أين هو، أجابه القاضى فى المنقول إن أقام بينة؛ لأن البينة هنا ليست للقضاء على غائب، وإنما هى لنفى التهمة، وانكشاف الحال؛ لأن القاضى نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر، ونظرهما فى بيعه؛ لأن البائع يصل به إلى حقه، ويبرأ من ضمانه، والمشترى أيضًا يتبرأ ذمته من دينه، ومن تراكم نفقته، فإذا انكشف الحال عمل القاضى بموجب إقراره، فلا يحتاج فيه إلى خصم حاضر، وإنما يحتاج إليه إذا كانت البينة للقضاء، وهذا لأن العبد فى يده، وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه، فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى أقر به، ولا يقدر البائع أن يصل إلى حقه، فيبيعه القاضى إحياءً لحقه، كالراهن إذا مات، والمشترى إذا مات مفلسًا قبل القبض، بخلاف ما إذا غاب المشترى بعد القبض حيث لا يحبسه الحاكم؛ لأن حقه غير متعلق به.

ولا يقال: هذا بيع قبل القبض وهو غير جائز، فكيف يباع؟ لأنا نقول: من قال: إن القاضى يوكل من يقبضه ثم يبيعه، وفيه نظر لما فيه من إبطال يد البائع قبل إيفاء الثمن، والأوجه أن يقال: أن البيع هنا ليس بمقصود، وإنما المقصود إحياء حقه، وفى ضمنه يصح بيعه؛ لأن الشيء قد يصح ضمنًا، وإن لم يصح قصداً، ثم إذا باع وأوفى ثمنه فإن فضل شيء من دينه يمسكه للمشترى الغائب؛ لأنه بدل ملكه، وإن لم يف بالدين، وبقى شيء منه تبعه البائع إذا ظفر به. (الزيلعى)

(٣) أي المشترى قبل القبض ونقد الثمن.

(٤) أي على أنه باع هذا العبد من فلان، وأنه غاب قبل أن ينقد الثمن.

(٥) أي واعلم من غيبة معروفة بأن لم يدر أين هو؟

(٦) أي وإن لم تكن غيبة معروفة بأن لم يدر أين هو.

(٧) قوله: "ولو غاب" يعنى إذا اشترى رجلان شيئًا فغاب أحدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن، وقبضه كله، ثم إذا حضر شريكه، فله أن يجب عنه حتى ينقده، وهذا قول أبى حنيفة

أى قبض المبيع كله (س) س أى يؤدى الثمن
وقبضه وحبسه(١) حتى ينقد شريكه، ومن باع أمة بألف مثقال
وهو ما يرده بيت المال
ذهب وفضة فهما نصفان(٢)، وإن(٣) قضى زيفا عن جيد(٤)
إن هلك أو انقطعه، ثم علم العيب. س أخرج فرخه من بيضته في أرض رجل أخرج بيضه فى أرض رجل
وهو لا يعلم وتلف فهو قضاء، وإن أفرخ طير أو باض،
مبتدأ
أو تنكّس(٥) ظبيٌ فى أرض رجل، فهو(٦) لمن أخذه ما يبطل(٧)

ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: إذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ إلا نصيبه إلا بطريق المهايأة، وكان متبرّعًا فيما أدى عن صاحبه.

والخلاف فى مواضع: أحدها: فى قبض جميع المبيع على تقدير إيفاء الثمن كله، والثانى: فى حبس نصيب الغائب عنه إذا حضر، والثالث: فى الرجوع عليه بما أدى، والرابع: فى إجبار البائع على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر، وعنده لا، والخامس: فى إجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع إلى الحاضر عند إيفاء الثمن كله، فعندهما يجبر، وعنده لا؛ لأبى يوسف أن الحاضر قضى دينًا على الغائب بغير أمره، فكان متبرّعًا فيه، ولاجبر على المتبرع، ولا رجوع فى التبرعات، وهو أجنبى عن نصيبه، فلا يقبضه، ولهذا لو كان حاضرًا يكون متبرّعًا بالإجماع، ولهما أن الحاضر مضطر إلى أداء كل الثمن؛ لأن للبائع حق حبس كالمبيع إلى أن يستوفى كل الثمن، فلا يكون متبرّعًا مع الاضطرار -فافهم-. (الزيلعى والعينى)

(١) أى وله أيضًا حبس المبيع عن شريكه إذا حضر.

(٢) فمن كل منهما خمسمائة مثقال؛ لإضافة المثقال إليهما.

(٣)قوله: "وإن" يعنى إذا كان له على آخر دراهم جياد، فقضاه زيوفًا، وهو لا يعلم، فهلكت أو أنفقها ثم علم بالعيب، فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك، وقال أبو يوسف: يرد مثل زيوفه، ويرجع بدراهم، ولهما أن الاستيفاء قد حصل، والمقبوض من جنس حقه، ولذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز، فلم يبقَ إلا الجودة ولا قيمة لها. (الكشف والزيلعى)

(٤) بأن كان له دراهم جياد على أجل، فقضاه زيوف وهو لا يدرى ولم يعيّن.

(٥) استتر، معناه فى الأصل دخل فى الكنائس وهو موضع الظبى.

(٦) قوله: "فهو [أى أن مذكور من الفرخ والبيض والظبى]" لأنه مباح سبقت يده إليه، فكان أولى به لقوله عليه الصلاة والسلام: الصيد لمن أخذه، والبيض صيد، ولهذا يجب المحرم الجزاء بكسره. (البحر)

(٧) قوله: "ما يبطل" ههنا أصلان: أحدهما: أن كل ما كان مبادلة مال بمال يفسد بشرط الفاسد، كالبيع، وما لا فلا، كالقرض، ثانيهما: أن كل ما كان من التمليكات أو التقييدات كرجعة

بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقه بالشرط الفاسد البيعُ(١) والقِسمة(٢) والإجارة(٣) بالراء المهملة والإجازة(٤) بالزاء المعجمة والرّجعة(٥) والصلح(٦) عن مال والإبراء(٧) عن الدين وعزل(٨) الوكيل(٩) والاعتكاف(١٠)

يبطل تعليقه بالشرط، والأصح لكن فى إسقاطات والتزامات يحلف بهما كحج وطلاق يصح مطلقًا - أى يصح تعليقه بالشرط سواء كان ملائمًا أم لا - وفى إطلاقات كالإذن فى التجارة، ولايات كالقضاء والإمارة، وتحريضات نحو من قتل قتيلا فله سلبه. (الدرّ والطحطاوى)

(١) قوله: "البيع" فإذا باع عبد أو شرط استخدامه شهرًا أو دارًا على أن يسكنها البائع شهرًا، فالبيع باطل، أى فاسد، كما تقدم فى بابه. (البحر)

(٢) قوله: "والقسمة" صورة الفساد بذكر الشرط الفاسد أن يقتسموا التركة على أن الدين لأحدهم، والعين للآخر، واقتسما دارًا على أن يشترى أحدهما من الآخر دارًا، وصورة تعليقها بالشرط أن يقتسموا الدار إن رضى فلان. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "والإجارة" ومن صورها استأجر حانوتًا احترق كل شهر بكذا على أن يعمره، ويحتسب ما أنفقه من الأجرة، لأن شرط العمارة على المستأجر يفسد العقد، فعليه أجر المثل، وله ما أنفقه وأجر مثل قيامه عليه. (البحر)

(٤) قوله: "والإجازة" فقول البكر: أجزت النكاح إن رضيت أمى مبطل للإجازة، وكذا كل ما لا يصح تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفًا لا يصح تعليق إجازة بالشرط. (الدرّ)

(٥) قوله: "والرجعة [بأن قال: راجعتُك على أن تقرضنى كذا، أو إن قدِم زيدٌ]" قال المصنف: إنما ذكرتها تبعًا لـ"كنز" وغيره، قال شيخنا فى "بحره": وهو خطأ، والصواب أنها لا تبطل بالشرط اعتبارًا لها بأصلها، وهو النكاح، وأطال الكلام لكن تعقبه فى "النهر"، وفرق بأنها لا تفتقر لشهود ومهر، وله رجعة أمة على حرة نكحها بعد طلاقها وتبطل بالشرط بخلاف النكاح. (الدرّ)

(٦) قوله: "والصلح" أى الصلح عن مال بمال، بأن قال: صالحتك على أن تسكنى فى الدار مثلا سنة، أو إن قدم زيد؛ لأنه معاوضة مال بمال، فيكون بيعًا، كذا ذكره العينى.

واعلم أنه إنما يكون بيعًا إذا كان البدل خلاف جنس المدعى به، أما إذا كان على جنسه، فإن كان بأقل من المدعى، فهو حط، وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء وإن كان بأكثر منه، فهو فضل وربا، كذا ذكره الشارح، فينبغى أن يخصص هنا. (البحر بحذف)

(٧) قوله: "إبراء" بأن قال: أبرأتك عن دين على أن تخدمنى شهرًا، وإن قدم فلان لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد، وإن كان فيه معنى الإسقاط، فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط، قيّد بالدين؛ لأن الإبراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله: إن وافيت به غدًا فأنت

بأن قال: زارعتُكَ أرضى على أن تقرضنى كذا، أو إن قدم فلانٌ

والمزارعة(١) والمعاملة(٢) والإقرار(٣) والوقف(٤) والتحكيم(٥)

مبتدأ خبر

ومالا(٦) يبطل بالشرط الفاسد القرض(٧) والهبة(٨) والصدقة(٩)

بريء، فوافاه به بريء من المال. (البحر بحذف)

(٨) قوله: "وعزل" بأن قال لوكيله: عزلتك على أن تهدى إلى شيئًا، أو إن قدم فلان، وعندى أن هذا خطأ أيضًا، وإن عزل الوكيل ليس من هذا القبيل، وهو ما يبطل بالشرط الفاسد، وإنما هو من قبيل القسم الثانى، وهو ما لا يصلح تعليقه بالشرط، ويدل عليه أنهم قالوا: أن الذى يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك والعزل ليس منه، هذا هو الحق. (البحر ملخّصًا)

(٩) قيّد بالوكيل؛ لأن تعليق عزل القاضى صحيح، فلو قال الأمير: إذا أتاك كتابى فأنت معزول، ينعزل بوصوله.

(١٠) قوله: "والاعتكاف [بأن قال: لله علىّ أن أعتكف شهرًا إن شفى الله مرضى]" فى "البحر": أن ذكره هنا خطأ لما فى الفتنة، قال: لله تعالى علىّ اعتكاف شهر إن دخلت الدار، ثم دخل لزمه عند علمائنا، فإذا جاز تعليقه بالشرط لم يبطل بالشرط الفاسد... اهـ.

والجواب أن المراد تعليقه بشرط فاسد كما مثله فى العزمية بأن قال: من عليه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عما على بشرط أن لا أصوم، أو أباشر امرأتى، أو إن شاء الله ... اهـ ملخّصًا.

لكن هذا تصوير لنفس الاعتكاف لا لإيجابه، فتصوير إيجابه كقوله: لله عليه اعتكاف شهر بشرط أن لا أصوم، وإن رضى زيد، وقد يقال: إن الشروع فيه موجب أيضًا، فإذا شرع فيه بالنية على هذا الشرط لم يصح إيجابه، فصحّ التمثيل بقوله: نويت الاعتكاف بشرط لا أن أصوم، أو إن رضى زيد، فشرع فيه، فإن الشروع موجب لكن بهذا الشرط خرج عن كونه موجبًا. (الكشف مع تغيّر)

(١) قوله: "والمزارعة" لأنها إجارة، فلا يصح تعليقها بالشرط كالإجارة، هذا إذا كان الشرط نافعًا لأحدهما، وإن شرطا ما لا ينقطع كما لو شرطا أن لا يسقى أحدهما حصته لا تفسد وإن أبطلا الشرط المفسد، وكان فى صلب العقد لا ينقلب جائزًا، وإلا عاد إلى الجواز. (البحر والطحطاوى)

(٢) وهى المساقاة بأن قال: ساقيتك شجرى أو كرى عى أن تقرضنى كذا؛ لأنها إجارة أيضًا.

(٣) قوله: "والإقرار" كقوله لفلان علىّ ألف إن أقرضنى كذا، أو إن قدم فلان، وفى "المبسوط": لفلان علىّ ألف إن حلف، أو على أن يحلف فحلف فلان، وجحد المقر لم يؤخذ به. (الكشف)

(٤) إن قدم ولدى فدارى صدقة وموقوفة على المساكين، فجاء ولده، لا تصير وقفًا.

(٥) كقول المحكمين: إذا أهلّ الشهر فاحكم بيننا.

(٦) قوله: "ومالا" أى المسائل التى لا تفسدها الشروط الفاسدة، بل تكون صحيحةً لعدم المعاوضة المالية سبعة وعشرون على ما فصله الشيخ رحمه الله. (محمد إعزاز رحمه الله)

كأعتقتك على أن يكون لي الخيار ثلاثة أيام.
والنكاح[١] والطلاق والخلع[٢] والعتق والرهن[٣] والإيصاء[٤]
بأن قال: شاركتك على أن تهديني كذا. مصدر بالكسر
والوصية[٥] والشركة والمضاربة[٦] والقضاء[٧] والإمارة[٨]
والكفالة[٩] والحوالة[١٠] والوكالة[١١] والإقالة[١٢] والكتابة[١٣]

---

(٧) كأقرضتُك كذا على أن تخدمني شهرًا، ولا يبطل بهذا الشرط.

(٨) كوهبتُك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها إلي.

(٩) كتصدّقتُ عليك بهذه المائة على أن تخدمني جمعة، فإن الصدقة جائزة، والشرط باطل.

(١) قوله: "والنكاح" بأن قال: تزوجتك على أن لا يكون لك مهر، يصح النكاح، ويفسد الشرط، ويجب مهر المثل، ولا يصح تعليقه بالشرط حتى لو قال: تزوجتك إن رضي أبي، فقبلت لا يصح إلا أن يكون الأب حاضرًا في المجلس، وقيل: ومن الشروط الفاسدة لو تزوجته على أنه مدني، فإذا هو قروي، يجوز النكاح إن كان كُفُوًا، ولا خيار بها. (الطحطاوي)

(٢) بأن قال: خالعتك على أن يكون الخيار مدة سماها، بطل الشرط، ووقع الطلاق، ووجب المال.

(٣) بأن قال: رهنتك عبدي بشرط أن أستخدمه، أو على أن الرهن إن أضاع، ضاع بغير شيء، أو إن لم أوف متاعك لك إلى كذا، فالرهن لك بمالك، بطل الشرط، وصحّ الرهن.

(٤) كجعلتك وصيًا على أن تزوج بنتي.

(٥) قوله: "والوصية" هي كالإيصاء حتى لو قال: أوصيت بثلث مالي لأم ولدي بشرط أن لا تتزوج، فقبلت ذلك، ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان، فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية، وأما تعليقها بالشرط فإنه جائز؛ لأنها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت، ومعنى صحة التعليق أن الشرط إن وجد كان للموصى له المال، وإلا فلا شيء له. (الطحطاوي)

(٦) قوله: "والمضاربة" بأن دفع إليه ألفًا على أن يدفع رب المال إلى المضارب أرضًا يزرعها سنةً أو دارًا للسكنى، بطل الشرط، وجازت المضاربة. (الطحطاوي)

(٧) كولّيتُك قضاء كمة على أن لا تعزل أبدًا.

(٨) قوله: "والإمارة" بأن قال الخليفة: ولّيتك إمارة الشام مثلا على أن لا تركب، فهذا الشرط فاسد، ولا تبطل أمريته بهذا.

(٩) بأن قال: كفلت غريمك على أن تقرضني كذا.

(١٠) بأن قال: أحلتك على فلان بشرط أن لا يرجع عليّ عند القوى.

وإذن[١] العبد فى التجارة ودعوة[٢] الولد والصلح[٣] عن دم العمد والجراحة وعقد[٤] الذمّة وتعليق[٥] الرد بالعيب أو بخيار[٦] الشرط وعزل[٧] القاضى.

---

(١١) كوكلتُك على أن تبرئنى مما لك علىّ، وأما تعليقها بالشرط فجائز.

(١٢) كما لو تقايل على أن يكون الثمن أكثر من الأول وأقل، صحّت ولغا الشرط.

(١٣) بأن قال المولى لعبده: كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد، أو على أن تعامل فلانًا، أو على أن تعمل فى نوع من التجارة، فإن الكتابة تصح ويبطل الشرط.

(١) كأذنت لك فى التجارة على أن تتجر إلى شهر فى كذا، فإن أذنه يكون عام فى التجارة والأوقات، ويبطل الشرط.

(٢) بأن ادعى نسب أحد التوأمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه، أو ادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه، فإنه يثبت النسب ويبطل الشرط.

(٣) قوله: "والصلح" بأن صالح ولى المقتول عمدًا القاتل على شيء بشرط أن يقرضه، أو يهدى إليه شيئًا، فإن الصلح صحيح، والشرط فاسد، ويسقط الدم؛ لأنه من الإسقاطات، ولا يحتمل الشرط. (الطحطاوى)

(٤) بأن قال الإمام لحربى يريد الإقامة بدارنا: ضربت عليك الجزية على أن تهدى إليه هدية.

(٥) بأن قال: إن وجدت بالمبيع عيبًا أرده عليك بشرط أن أبرئك من بعض الثمن.

(٦) بأن قال: إن لم أمض البيع فى ثلاثة أيام رددته عليك بشرط أن تهدينى كذا، أو أهدى لك.

(٧) بأن طلب القاضى من الإمام أن يعفيه من القضاء، فقال له: عزلتك عنه فى هذه البلدة على أن أوليك قضاء بلدة كذا، فيصح العزل ويبطل الشرط.

تقدم وجه تأخيره

كتاب الصرف[١]

أى ما خلق للثمنية — أى النقدان بأن بيع أحدهما بجنس الآخر

هو[٢] بيع بعض الأثمان[٣] ببعض فلو[٤] تجانسا شرط

التساوى — قبل الافتراق — وصلية — أى المتجانسان — من حيث الجودة — من حيث الصياغة

التماثل والتقابض[٥]، وإن اختلفا جودة وصياغة وإلا[٦] شُرطَ

فقط — أو بفضل — البيع

التقابض، فلو باع الذهب بالفضة مجازفةً صحّ[٧] إن تقابضا[٨]

---

(١) قوله: "الصرف" هو لغة النقل والرد، قال الله تعالى: ﴿ثُمَّ انْصَرَفُوا صَرَفَ اللهُ قُلُوبَهُم﴾، وسمى به لأنه يحتاج فيه إلى نقل بدليه من يد إلى يد، وشرعًا هو بيع . . . إلخ. (شرح النقاية مع تصرّف)

(٢) قوله: "هو" أى بيع ما من جنس الأثمان بعضها ببعض، وإنما فسرناه به، ولم نبقه على ظاهره ليدخل فيه المصوغ بالمصوغ، أو بالنقد، فإن المصوغ بسبب ما اتصل به من الصنعة لم يبق ثمنًا صريحًا، ولهذا يتعين فى العقد، ومع ذلك بيعه صرف. (البحر)

(٣) كالذهب والفضة إذا بيع أحدهما بالآخر.

(٤) قوله: "فلو" يعنى بيع جنس الأثمان بجنسه، كالذهب بالذهب أو الفضة، يشترط فيه التساوى والتقابض قبل الافتراق، ولا يجوز التفاضل فيه، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الذهب بالذهب مثلا بمثل وزنًا بوزن يدًا بيد»، أخرجه الستة إلا البخارى، وإن اختلفا فى الجودة والصياغة، قال عليه الصلاة والسلام: «جيدها ورديئها سواء وإن لم يكونا من جنس واحد»، بأن باع الذهب بالفضة يتشرط التقابض فيه، ولا يشترط التساوى، لقوله عليه الصلاة والسلام: فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد، رواه مسلم وأحمد وغيرهما. (الزيلعى والكشف بتصرّف)

(٥) أى مجلس العقد بالأيدى لا بالتخلية.

(٦) أى وإن لم يكونا من جنس واحد.

(٧) قوله: "صح" لأن المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما روينا، فلا يضره الجزاف، ولو افترقا قبل قبضهما، أو قبض أحدهما، بطل لفوات الشرط، قيد ببيع الجنس، بخلاف الجنس؛ لأنه لو باع الجنس بالجنس مجازفة، فإن علما تسويهما قبل الافتراق صح، وبعده لا. (البحر)

(٨) أى قبل أن يفترقا بالأبدان ولو قاما ومشيا.

في المجلس، ولا يصح[١] التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه،
توضيح لما قبله ولم يقبضها فقط
فلو باع ديناراً بدراهم، واشترى بها ثوباً، فسد بيعُ الثوب،
أي بألفي مثقال المشترى
ولو باع[٢] أمةً مع طوقٍ قيمة كلٍ[٣] ألفٌ بألفين، ونقد من
أي الألف المنقود أي أنه اشتراها بألف حالة وألف مؤ
الثمن ألفاً، فهو ثمن الطوق، وإن اشتراها بألفين ألف[٤] نقد
وهو الألف الحالة محلى أي تساوى خمسين درهمًا
وألف نسيئة، فالنقد ثمن الطوق، وإن باع سيفاً حِليته

---

(١) لأنه مفوت للقبض الثابت بالعقد حقًا لله تعالى.

(٢) قوله "ولو باع" يعني لو باع أمة في عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال مع الطوق، وقيمتها ألف بألفي مثقال، ونقد منه ألفًا، كان المنقود ثمن الطوق، وإن اشتراها بألف نسيئة، وبألف حالة، كان الحال ثمن الطوق، وفي عبارة الشيخ تسامح، فإنه قال: قيمته كل ألف، أي قيمته كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم، ولا يعتبر في الطوق القيمة، ، وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بنسه، وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية؛ لأن قدر الطوق صار مقابلا، والطوق والباقي بالجارية قلّ قيمتها أو كثرت تحريًا للجواز، فلا فائدة في بيان قيمتها، ولا في بيان قيمة الطوق إلا إذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق، بأن كان فضة والثمن ذهب، أو بالعكس، فحينئذٍ يفيد بيان قيمتها؛ لأن الثمن ينقسم عليها على قدر قيمتهما.

وكذا المراد في قوله: فالألف ثمن الطوق، أي الألف الحال ثمن الطوق، إنما كان كذلك لأن حصة الطوق يجب قبضه في المجلس لكونه بدل الصرف، والظاهر منهما الإتيان بالواجب؛ لأن دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعًا، فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض، والحال إلى الطوق لإحسان الظن بالمسلم، ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع في الجميع عند أبي حنيفة، وقالا: يفسد في الطوق دون الجارية؛ لأن القبض ليس بشرط في حصتها، فيتقدر الفساد بقدر المفسد ما بينا.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن الفساد مقارن، فيتعدى إلى الجميع، كما لو جمع بين حر وعبد في البيع، بخلاف الفساد في المسألة الأولى، فإنه طارئ، فلا يتعدى إلى غيره، كما إذا اشترى عبدين، فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق بعده. (الزيلعي)

(٣) أي قيمة كل واحد من الأمة والطوق.

(٤) بالجر فيهما على أنه بدل من ألفين، ويجوز الرفع فيهما على أنه خبر مبتدأ محذوف، أي هما ألف نقد وألف نسيئة.

أى تساوى خمسين درهمًا المشترى من الثمن. درهمًا وصلية المشترى أنه حصتها

خمسون بمائة ونقد خمسين فهو[١] حصتها، و إن لم يبين، أو

أى من ثمن السيف والحلية أى المتعاقدان فى السيف البيع

قال[٢] من ثمنهما، ولو افترقا بلا قبض صحّ فى السّيف دونها

أى وإن لم يتخلص السيف إلا بضرر. بفضة أو ذهب

أن تخلّصَ بلا ضرر، وإلا[٣] بطلا[٤]، ولو باع إناءَ فضةٍ،

أي المتعاقدان بالأبدان. البيع. وبطل فيما لم يقبض.

وقبض بعض ثمنه، وافترقا صح[٥] فيما قبض، والإناء

أى بين المتعاقدين

مشتركٌ بينهما، وإن استُحق بعض الإناء أخذ[٦] المشترى

بعد حصة المستحق أى بحسابه البيع هى القطعة المذابة من الذهب أو الفضة

ما بقى بقسطه أو رده، ولو باع قطعة نقرةٍ فاستحقّ

---

(١) قوله: "فهو" أما إذا لم يبين فلما ذكرنا أن أمرهما يحمل على الصلاح، وأما إذا قال: خذ هذا من ثمنهما، فلأن التثنية قد يراد بها الواحد منهما، قال الله تعالى: ﴿فَنَسِيَا حُوتَهُمَا﴾، والناسى أحدهما، فيحمل عليه بظاهر حالهما بالإسلام، ونظيره فى الفقه إذا حضتهما حيضة أو ولدتهما ولدًا علق بأحدهما للاستحالة، بخلاف ما إذا لم يذكر المفعول به إلا مكان. (البحر)

(٢) المشترى خذ الخمسين من . . . إلخ.

(٣) أى البيان بيع الحلية وبيع السيف.

(٤) قوله: "بطلا" أى بطل العقد فيهما؛ لأن حصة الصرف يجب قبضها قبل الافتراق، فإذا لم يقبضها حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه، وكذا فى السيف إن كان يتخلص إلا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر، كبيع جذع من سقف، وإن كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم، فصار كالجارية مع الطوق. (البحر)

(٥) قوله: "صح" لأنه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض، فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض، ولا يشيع؛ لأنه طارئ، ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضًا؛ لأن التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من جهة العاقد، ولا يثبت للمشترى خيار العيب أيضًا بالشركة؛ لأن الشركة حصلت من جهته، وهو عدم النقد قبل الافتراق، بخلاف ما إذا هلك أحد العبدين قبل القبض حيث يثبت له الخيار فى أخذ الباقى؛ لأنه لم يوجد منه الصنع، وبخلاف ما إذا استحق بعض الإناء على ما يجيء. (الزيلعى)

(٦) قوله: "أخذ" لأن الشركة فى الإناء عيب؛ لأن التشقيص يضره، وهذا العيب كان موجودًا عند البيع مقارنًا له، بخلاف المسألة الأولى، وهى ما إذا اشترى إناء فضة وافترقا، وقد بقى عليه بعض الثمن، حيث لا يرد؛ لأن التفريط من جهة المشترى على ما بينا. (الزيلعى)

ز ف المشترى بعد حصة المستحق

بعضها أخذ ما بقى بقسطه بلا خيار[١]، وصح[٢] بيع درهمين

أى وصح أيضًا بيع كرفي أى بأن يبيعها بكرى بر وكرى شعير

ودينار بدرهم[٣] وديناربن، وكر بر وشعير بضعفهما[٤]،

أى وصح أيضًا بيع أحد عشر فيجعل العشرة بمثلها والدنانير بدرهم. أى وصح أيضًا بيع درهم

وأحد عشر[٥] درهما بعشرة دراهم ودينار ودرهم[٦]

ز ف

صحيح ودرهمين غلّتين بدرهمين صحيحين، ودرهم غلّة،

---

(١) قوله: "بلا خيار" لأن الشركة فيهما ليست بعيب، إذ التشقيص فيها لا يضرها، بخلاف الإناء، أطلقه وهو محمول على ما إذا كان بعد قبضها، أما إذا استحق بعض النقرة قبل قبضها، فإن له الخيار لتفريق الصفقة عليه قبل التمام، بخلاف ما بعد القبض لتمامها. (البحر)

(٢) قوله: "وصح" وإنما جاز لأنه يجعل كل جنس مقابلا، بخلاف جنسه تصحيحًا للعقد، ولو صرف إلى جنسه فسد؛ لأن العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير تعرض لقيد لا مقابلة الكل بالكل شائعًا، ولا فردًا معينًا، فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فإنه ينصرف إلى نصيبه تصحيحًا للعقد، كانصراف النقد إلى المتعارف.

ولا يرد علينا ما لو اشترى قلبًا بعشرة وثوبًا بعشرة، ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين، فإنه لا يصح، وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب؛ لأنا لو صرفناه لصار تولية فى القلب، وهو خلاف المرابحة، فكان إبطالا له.

وكذا لا يرد لو اشترى عبدًا بألف، ثم باعه قبل النقد مع آخر من البائع بألف وخمسمائة، فإنه لا يصح فى المشترى بألف؛ لأن طريق التصحيح غير متعين لإمكان صرف الألف ومائة إليه، أو مائتين إلى غير ذلك من الصور. (البحر)

(٣) فيقابل الدرهمان بالدينارين والدينار بالدرهم.

(٤) وجهة الصحة أن يجعل كرًا بر بكرّ شعير وكرًا شعير بكر بر.

(٥) قوله: "وأحد عشر" أى صح بيع، فتكون العشرة بمثلها، والدينار تصحيحًا للعقد على ما بينا، وإنما ذكر هذه بعد التى قبلها وإن كانت قد علمت ما قبلها لبيان أن الصرف إلى خلاف الجنس لا يتفاوت فى الجميع، أو جزء واحد. (البحر)

(٦) قوله: "درهم" يعنى يجوز بيعهما لأنهما جنس واحد، فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف، والغلة هى الدراهم المقطعة، وقيل هو ما يرده بيت المال وتأخذه التجار لاحتمال أن تكون هى المقطعة. (الزيلعى)

أى وصح أيضًا بيع دينار. أى أو باعه بعشرة...إلخ البائع إلى المشترى

ودينــــار[١] بعـشر عليـه[٢]، أو بعـشرة مطلقـةٍ[٣]، ودفع الدينار

التى هى الثمن التى هى دين لف ونشر مرتب

وتقاصّا[٤] العشرة بالعشرة، وغـالب[٥] الفضّة والذهب فضةٌ

حكمًا تفريع على ما قبله أى الفضة الخالصة والدنانير الخالصة

وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بهما، ولا بيع بعضها ببعض

من حيث الوزن

إلا متساويًا وزنًا، ولا يصح الاستقراض[٦] بهمـا إلا وزنًا،

من الذهب والفضة لأن العبرة للغالب فى الشرع. تفريع على ما قبله

وغـالب الغش ليس فـى حكم الدراهم والدنـانيـر، فـصح[٧]

---

(١) قوله: "ودينار" معناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين، فباعه الذى عليه العشرة دينارًا بالعشرة التى عليه، أو بعشرة مطلقة، ودفع الدينار إليه، ثم تقاصا العشرة بالعشرة، فكلاهما جائز، أما إذا قابل الدينار بالعشر التى عليه ابتداء، فلأنه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعيينها بالقبض، وهو جائز إجماعًا؛ لأن التعيين للاحتراز عن الربا، ولا ربا فى دين سقط، وإنما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته، ولذا لو تصارفا دراهم دينًا بدنانير صحّ لفوات الخطر.

وأما الثانية: وهى ما إذا باعه بعشرة مطلقة، ثم تقاصّا، فالمذكور هنا استحسان، والقياس عدم الجواز، وهو قول زفر لكونه استبدالا ببدل الصرف، وجه الاستحسان: أنهما لما تقاصا انفسخ الأول، وانعقد صرف آخر مضافًا إلى الدين، فتثبت الإضافة اقتضاءً، كما لو جدد البيع بأكثر من الثمن الأول. (الزيلعى والبحر)

(٢) أى هى دين على البائع، تقع المقاصّة بنفس العقد لإضافة إلى الدين.

(٣) يعنى لم يقل: بالعشرة التى عليه.

(٤) قوله: "وتقاصا" إنما شرط المقاصة لأن الواجب بهذا العقد ثمن يجب تعيينه بالقبض، والدين ليس بهذه الصفة، فلا يقع المقاصة بنفس البيع لعدم المجانسة، فإذا تقاصا يتضمن ذلك فسخ الأول، والإضافة إلى الدين، إذ لو لا ذلك يكون استبدالا ببدل الصرف. (الكشف)

(٥) قوله: "وغالب" أى ما غلب على الفضة فضة حكمًا، وما غلب عليه الذهب ذهب حكمًا، إذ الحكم فى الشرع للغالب؛ لأن الغش القليل لا يخرج الدرهم عن الدرهمية، والدينار عن الدينارية؛ لأن النقود المستعملة بين الناس لا يخلو منه. (المجمع مع تصرّف)

(٦) أى بالدراهم والدنانير التى غلب عليها الفضة والذهب.

(٧) قوله: "فصح" لأن الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة، أو الذهب الذى فى الآخر، فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس، ويشترط التقابض قبل الافتراق؛ لأنه صرف فى البعض لوجود الفضة، أو الذهب من الجانبين، ويشترط فى الغش أيضًا؛ لأنه لا يتميز إلا بضرر. (الزيلعى)

أى بالمغشوش مثلها. سواء كان عدداً أو وزناً. عطف على قوله: بيعها أى بالذى

بيعها[(١)] بجنسها متفاضلا والتبايع[(٢)] والاستقراض بما يروج[(٣)]

من حيث العدد يعنى ما دامت تروج أى لكون الذهب والفضة

وزنا أو عدداً أو بهما، ولا تتعين[(٤)] بالتعيين لكونهما أثماناً،

حتى لا يجوز البيع بها إلا بالوزن

وتتعين[(٥)] بالتعيين إن كانت لا تروج، والمتساوى[(٦)]

والذهب

كغالب الفضة فى التبايع والاستقراض، وفى الصرف

---

(١) أنّث الضمير باعتبار الفضة.

(٢) قوله: "والتبايع [أى البيع والشراء]" أى وصح التبايع والاستقراض بما يروج من غالب الغش من الذهب والفضة وزنا أو عددا أو بهما؛ لأن المعتبر فيما لا نص فيه العادة؛ لأنها صارت بغلبة الغش كالفلوس، فيعتبر فيها العادة كالفلوس، فإن كانت تروج بالوزن فيه وبالعد فيه وبهما، فبكل منهما. (البحر مع زيادة)

(٣) من غالب الغشّ من الذهب والفضّة.

(٤) قوله: "ولا يتعين" لأنها بالاصطلاح صارت أثمانًا، فما دام ذلك الاصطلاح موجودًا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضى. (البحر)

(٥) قوله: "وتتعين" لزوال المقتضى للثمنية، وهو الاصطلاح، وهذا لأنها فى الأصل سلعة، وإنما صارت أثمانًا بالاصطلاح، فإذا تركوا المعاملة بها، رجعت إلى أصلها، وأشار بالتعيين عند عدم رواجها وبعدمه عند رواجها إلى أنها إذا هلكت قبل القبض لا يبطل العقد إن كانت رائجة، ويبطل إن لم تكن. (البحر بحذف)

(٦) قوله: "والمتساوى" يعنى الذى استوى غشه وفضته، أو غشه وذهبه، حكمه فى التتابع والاستقراض كحكم الدراهم التى غلب عليها الفضة، حتى لا يجوز البيع بها، ولا إقراضها إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة؛ لأن الفضة موجودة فيها حقيقة، ولم تصر مغلوبة، فيجب اعتبارها بالوزن شرعًا، كالحنطة فى سنبلها إلا أن يشير إليها فى المبايعة، فيكون بيانًا لقدرها ووصفها، كما لو أشار إلى الدراهم الجيدة، ولا ينتقض العقد بها كما قبل التسليم، ويعطيه مثلها؛ لأنها ثمن، فلم تتعين.

وفى الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى إذا باعها بجنسها جاز على وجه الاعتبار، ولو باعها بالفضة الخالصة لا يجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة؛ لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر، فيجب اعتبارهما، فصار كما لو جمع بين فضة وقطعة نحاس، فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط. (الزيلعى)

فيصح بيعها بجنسها متفاضلا بشرط التقابض أى رائجة ماشية

كغالب الغش، ولو(١) اشترى به أو بفلوس نافقة شيئًا،

كل واحد من المذكورين قبل دفعها إلى البائع س م ك ف د أى الرائجة

وكسد(٢) قبل دفعه بطل البيع، وصح(٣) البيع بالفلوس النافقة

العاقد أى والبيع بالفلوس الكاسدة لا يصح حتى يعينها

وإن لم يُعين وبالكاسدة(٤) لا حتى يعينها، ولو

بأن استقرض فلوسًا ثم كسدت عليه عند أبى حنيفة عددًا

كسدت أفلسُ القرض يجب(٥) ردّ مثلها، ولو اشترى

مثلا نعت لنصف شخص هو من يميز الجودة من الرداءة

شيئًا بنصف درهم فلوس صح(٦)، ولو أعطى صيرفيا

---

(١) قوله: "ولو" أى اشترى بالدراهم التى غلب، غلبها الغش وبالفلوس، وكان كل واحد منهما نافقا حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية، ولعدم الحاجة إلى الإشارة لالتحاقهما بالثمن، ثم كسدت، بطل البيع، فيجب رد المبيع إن كان قائمًا، وإلا فقيمته، وقال أبو يوسف: عليه قيمة المغشوش يوم البيع، وقال محمد: قيمتها آخر ما تعامل الناس بها، وإنما بطل عنده لأن الثمن يهلك بالكساد؛ لأن الثمنية إنما كان بالاصطلاح، ولم يبقَ الاصطلاح، فبقى بيع بلا ثمن. (الزيلعى والكشف)

(٢) فى بلد العقد عندهما، وفى جميع البلدان عند محمد. (الكشف)

(٣) قوله: "وصح" لأنها أموال معلومة، وصارت أثمانًا بالاصطلاح، فجاز بها البيع، ووجبت فى الذمة، كالنقدين ولا تتعين، وإن عيّنها كالنقد إلا إذا قالا: أردنا تعليق الحكم بعينها، فيحنئذٍ يتعلق العقد بعينها، بخلاف ما إذا باع فلسا أو بلفسين بأعيانهما حيث يتعين من غير تصريح؛ لأنه لو لم يتعين لفسد البيع، وهذا على قولهما، وأما على قول محمد لا يتعين، وإن صرحا، وأصله أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده، وعندهما يبطل فى حقهما. (البحر)

(٤) قوله: "وبالكاسدة" أى إذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها؛ لأنها سلع، فلا بد من تعيينها. (الزيلعى)

(٥) قوله: "يجب" وقالا: عليه رد قيمتها لتعذر ردها كما قبضها؛ لأن المقبوض ثمن، والمردود لا، ففاتت المماثلة، فصار كما لو استقرض مثليّا فانقطع، لكن عند أبى يوسف عليه القيمة يوم القبض، وعند محمد يوم الكساد، ولأبى حنيفة أن القرض إعارة، وموجبها رد العين معنى، وذلك يتحقق برد مثليه، والثمنية زيادة فيه. (البحر بحذف)

(٦) قوله: "صح [الشراء وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس]" وقال زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأنه اشترى بالفلوس، وأنها تقدر بالعدد لا بنصف درهم من الفلوس معلوم عند الناس، والكلام فيه، فأغنى عن بيان العدد، واقتصر المصنف على ما دون الدرهم؛ لأنه لو اشترى بدرهم فلوس، أو بدرهمين فلوس، لا يجوز عند محمد لعدم العرف، وجوزه أبو يوسف للعرف، وهو

هو من يميز الجودة من الرداءة أى وأعطى نصفًا يعنى من الفضة

درهما، وقال: أعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا[١] إلا

ناقصة من النصف هذا العقد

حبة [٢]صح.

الأصح . (الكشف والمجمع)

(١) أى ما ضرب من الفضة ما يساوى وزن نصف درهم .

(٢) فيكون درهم إلا حبة بمثله ما وراءه بإزاء الفلوس .

كتاب(١) الكفالة

الكفيل إلى ذمة الأصيل   الذمة العهد والأمان والضمان   والمضمون بها إحضار المكفول به

هى(٢) ضم ذمة(٣) إلى ذمة فى المطالبة، وتصح(٤) بالنفس

أى وتصح أيضًا بما...إلخ   من أعضاءه

وإن تعددت بكفلت(٥) بنفسه، وبما عبر به عن البدن،

أى وتصح أيضًا بجزء   أى بفلان

وبجزء شائع، وبضمنته(٦) وبعلىّ وإلىّ، وأنا زعيم به، وقبيلٌ

---

(١) قوله: "كتاب" ذكرها عقب البيوع لأنها غالبًا تكون بالثمن، أو بالمبيع، ومناسبتها للصرف لأنها تكون آخرًا عند الرجوع معاوضة عما يثبت فى الذمة من الأثمان، وقدّمه عليها لأنه من البيوع. (البحر)

(٢) قوله: "هى" الكفالة هى لغة مطلق الضم، قال الله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ أى ضمها إلى نفسه ليربيها، وشرعًا ضم ذمة الكفيل إلى ذمة المكفول فى المطالبة، لا كما قال بعض المشايخ، وهو مذهب الشافعى أنها ضم ذمة إلى ذمة فى الدين بأن يثبت الدين فى ذمة الكفيل، ولا يسقط عن ذمة المكفول؛ لأن التزام المطالبة يبتنى على التزام أصل الدين، فتثبت الدين فى ذمة الكفيل مع بقاءه فى ذمة المكفول، ولا يستوفى إلا من أحدهما، كالغاصب وغاصب الغاصب، فإن كل واحد منهما ضامن للقيمة، وحق المالك فى قيمة واحدة، واختياره تضمين أحدهما يوجب براءة الآخر، وقال مالك: الأصيل يبرأ عن الدين بالكفالة كما فى الحوالة. (شرح النقاية)

(٣) فى التحرير الذمة وصف شرعى به الأهلية بوجوب ماله وعليه، وفسرها فخر الإسلام بالنفس والرقبة التى لها عهد، فقولهم: فى ذمة أى فى نفسه باعتبار عهدها من ذكر الحال، وأراده المحل. (الكشف)

(٤) قوله: "وتصح" أى الكفالة بالنفس وإن تعددت الكفالة، بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا، وكذا تجوز إذا تعددت النفوس المكفول بها أيضًا، كما تجوز بالديون الكثيرة. (الزيلعى)

(٥) قوله: "بكفلت" أى تصح الكفالة بقوله: كفلت بنفس فلان، أو بما يعبر به من أعضاءه عن جميع البدن كرأسه، ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه، بأن قال: تكفلت برأسه، أو بوجهه... إلخ، أو تكفل بجزء شائع منه بأن قال: تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز؛ لأن هذه **الأشياء يعبر بها جميع البدن عرفًا**، وقد بيناه فى الطلاق. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وبضمنته" أى تصح الكفالة بقوله: ضمنته لك؛ لأنه تصريح بمقتضى الكفالة؛ لأنه يصير ضامنًا للتسليم، والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك، وتصح بقوله علىّ؛ لأن كلمة على للوجوب، وبقوله: إلىّ؛ لأنها بمعنى على هذا المقام، قال عليه الصلاة والسلام:

أى بفلان — أى لمعرفة فلان (س) — الكفيل. أى تسليم المكفول عنه

به، لا[١] بأنا ضامن لمعرفته، فإن شـرط تسليمه فى وقت بعينه

أى وإن لم يحضره — جزاءه محذوف أى فيها — المكفول له

أحضره[٢] فيه إن طلبه، فإن[٣] أحضره، وإلا حبسه الحاكم،

المكفول بنفسه الحاكم — أى رجوعه — الكفيل المكفول بنفسه

فإن[٤] غاب أمهله مدة ذهابه وإيابه، فإن مضت[٥] ولم يحضره

به الحاكم — المكفول بنفسه حالية — الكفيل إجماعا للمكفول بنفسه.

حبسه، وإن غاب[٦] ولم يعلم مكانه لا يطالب به، فإن

أى بمكان

سلّمه[٧] بحيث يقدرُ المكفول له أن يخاصمه كمصر

«من ترك كلا أو عيالا فإلى»، وبقوله: أنا زعيم به؛ لأن الكفيل يسمى زعيمًا، قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف: ﴿وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ أى كفيل، وبقوله: أنا قبيل به؛ لأن القبيل هو الكفيل، ولهذا يسمى الصك قبالة؛ لأنه يحفظ الحق، فيكون وثيقة كالكفيل. (عز)

(١) قوله: "لا [أى لا يصير كفيلا]" أى لا يصير كفيلا بقوله: أنا ضامن لك بمعرفة فلان، وقال أبو يوسف: يصير ضامنًا للعرف؛ لأنهم يريدون به الكفالة، وجه الأول أنه التزم معرفته دون المطالبة، فصار كالتزامه دلالته عليه، أو قال: أوقفك عليه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "أحضره" أى إن شرط الكفيل تسليم المكفول عنه فى وقت معين لزم عليه إحضار المكفول عنه فى ذلك الوقت بشرط أن يطلب المكفول له إحضاره فى ذلك الوقت أو بعده؛ لأنه التزم بالشرط فى الكفالة، فيجب عليه الوفاء به أن طلبه فى ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل إذا حل. (البحر مع زيادة)

(٣) قوله: "فإن" أى فإن أحضر الكفيل المكفول عنه فيها، وإن لم يحضره حبس الحاكم الكفيل؛ لامتناعه عما وجب عليه، لكن لا يحبسه أول مرة، حتى يظهر مطله لأنه جزاء الظلم، ولا ظلم قبل المطل فلعله ما درى لما ذا يدعى. (الكشف وعز)

(٤) قوله: "فإن" أى إن غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة، ولا يحبسه؛ لأنه لم يظهر مطله بعد، والحبس للمماطلة. (الزيلعى)

(٥) قوله: "فإن مضت" أى إذا مضت المدة، ولم يحضره حبسه؛ لأنه ظهر مطله، والحبس جزاءه. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وإن غاب [المكفول بنفسه]" أى وإن غاب المكفول بنفسه ولا يدرى أين ذهب لا يطالب الكفيل بالمكفول بنفسه بالإجماع؛ لأنه عاجز، ولا بد من ثبوت أنه غائب لم يعلم مكانه إما بتصديق الطالب، وعليه اقتصر الشارح، أو ببينة أقامها الكفيل. (البحر مع زيادة)

(٧) قوله: "فإن سلّمه (أى فإن سلم الكفيل المكفول بنفسه" أى ويبرأ الكفيل بالنفس إذا سلم

الكفيل من الكفالة أى المكفول عنه أى تسليم المكفول بنفسه
بـرئ، ولـو(١) شـرط تسليمه فى مجلس القاضى
أى يسلم المكفول بنفسه وهو المكفول بنفسه أى لا تبطل بموت الطالب
يسلمه ثم، وتبطل(٢) بموت المطلوب والكفيل لا
وهو المكفول له الكفيل أى بدفع المكفول بنفسه إلى المكفول له وقت التكفيل أى المكفول عنه
الطالب، وبرئ(٣) بدفعه إليه، وإن لم يقل، إذا دفعته
من الكفالة أى المكفول عنه
إليك فأنا برىء، وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته،

المكفول به إلى المكفول له حيث تمكن مخاصمته، كما إذا سلمه فى مصر، سواء قبله الطالب أولا؛ لأنه أتى بما التزمه، وهو تسليم المكفول به فى مكان يحصل فيه المقصود، ولا حاجة إلى إبقاء الكفالة؛ لأنه لا يلزم تسليمه إلا مرة واحدة، أما لو سلم فى برية أو سواد لم يبرأ؛ لأنه لا يقدر على المخاصمة فيها لعدم الحاكم. (المجمع وشرح النقاية)

(١) قوله: "ولو" أى لو شرط المكفول له أن يسلم الكفيل المكفول بنفسه فى مجلس القاضى لزم عليه تسليم المكفول بنفسه فى مجلس القاضى؛ لأن الشرط مفيد، فإنه سلمه فى مجلس برئ، وأفاد بقوله: "سلمه ثمّ" إلى اشتراط ذلك، فإن سلمه فى السوق لم يبرأ، وهو قول زفر، وبه يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى إقامة الحق، وهذه أحد المسائل التى يفتى فيها بقول زفر. (البحر بحذف مع زيادة)

(٢) قوله: "وتبطل [الكفالة بالنفس]" يعنى الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل، ولا تبطل بموت المكفول له؛ لأن المطلوب بموته برئ هو بنفسه، وبراءته توجب براءة الكفيل؛ لأنه أصيل، والكفيل تبع، فإذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه، فكذا عن التبع لما قلنا، وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه ورثته لا يقومون مقامه؛ لأنهم يخلفون فيما له، لا فيما عليه، وماله لا يصلح الإيفاء هذا الحق، وهو إحضار المكفول به، بخلاف الكفيل بالمال إذا مات؛ لأن ماله صالح له، وحكمه بعد موته ممكن، فيوفى من ماله، ثم ترجع الورثة على المكفول عنه إن كانت بأمره، وكان الدين حالا، فإن كان مؤجلا لا رجوع لهم حتى يحل الأجل، وإلا فلا، كأداءه بنفسه، وأما موت الطالب فلا يبطلهما؛ لأن وصيه، ووارثه يخلفونه. (البحر والزيلعى)

(٣) قوله: "وبرئ" بيان لصور برأه ذمة الكفيل عما كفله، وهو أن الكفيل يبرأ إذا دفع المكفول عنه إلى المكفول له، سواء قال وقت عقد الكفالة إذا دفعه إليك: فأنا برئ، أولا ويبرأ، ويبرأ أيضًا إذا أسلم المكفول عنه نفسه من كفالته، وسلمه وكيل الكفيل، أو رسوله إليه، أما الأول فلأن موجب الدفع إليه البراءة، فتثبت وإن لم ينص عليهما، كالمديون إذا سلم الدين، والغاصب إذا سلم المغصوب، والبائع إذا سلم المبيع، وأما براءة الكفيل فى البواقى؛ فلأن المطلوب بطالب بتسليم نفسه، فإذا سلم نفسه حصل المقصود، فلامعنى لبقاءهما كالحيل إذا قضى الدين بنفسه، فإنه يصح قبل الطالب أولا، فعل نائب الوكيل كفعله، وقيد بقوله: من كفالته لأنه لا يبرأ الكفيل حتى يقول المكفول عنه: سلمت نفسى إليك من الكفالة (عز)

أى وبرئ الكفيل أيضًا بتسليم...إلخ　　أى وكذا يبرأ الكفيل بتسليم رسوله　　الكفيل

وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله، فإن قال(١): إن لم

أى بالمكفول بنفسه　　أى في غد　　أى على المكفول بنفسه

يواف به غدا فهو ضامن بما عليه، فلم يواف به(٢)، أو

قبل مضى الغد　أى المكفول بنفسه　　ضمن الكفيل　　فى الصورتين

مات(٣) المطلوب ضمن(٤) المال، ومن ادعى على آخر مائة(٥)

أى بالمدعى عليه　　أى فعلى (س م)　　أى بالمدعى عليه

دينار، فقال رجل: إن لم يواف به غدا فعليه المائة، فلم يواف

أى بالمدعى عليه حتى مضى　س م　　أى المدعى عليه

به غدا فعليه المائة(٦)، ولا يجبر(٧) على الكفالة(٨) بالنفس

---

(١) قوله: "فإن قال" فإن كفل رجل بنفس رجل مديون على أن الكفيل إن لم يواف، أى إن لم يأتِ الكفيل المكفول له بالمكفول عنه غدا، فهو ضامن لما على المكفول عنه من على المكفول عنه من الدين، فلم يواف به غدًا، أو مات المطلوب، أى المكفول عنه مع قدرته عليه لزمه أى الكفيل بالنفس ما عليه من المال عندنا؛ لأن الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة، وهو متعارف يصح تعليقها به، فإذا وجد الشرط لزمه المال، ولا يبرأ عن كفالة النفس؛ لأنهما كانت ثابتة قبلها، ولا تنافيها كما لو كفلها جملة (عز)

(٢) أى بالمكفول بنفسه فى غد حتى مضى الغد.

(٣) قوله: "أو مات" لا يخفى أن الموت مستلزم لعدم الموافاة، فلا حاجة إلى ذكره بعد قوله: "فلم يواف" إلا أن يقال أن ذكره لدفع توهم أن الشرط أنا هو عدم الموافاة مع القدرة، ولا قدرة مع الموت. (الكشف)

(٤) قوله: "ضمن" ذكر في وجه صحة هذه التعليق أنه يشبه البيع (أى انتهاءً لرجوعه على المكفول عنه ويشبه النذر -ابتداءً- من حيث أنه التزام -تبرّعًا- فقلنا: لا يصح تعليقه بمطلق الشرط كهبوب الريح ونحوه، ويصح بشرط متعارف عملا بشبهتين والتعليق بعدم الموافاة متعارف. (الكشف بتغيّر)

(٥) قوله: "مائة" قيد ببيان المال عند الدعوى لأنه لو تعلق رجل بآخر، وقال: لى عليك دعوى، ولم يبينها، فكفّله إنسان بالنفس على أنه إن لم يواف به غدًا، فعليه مائة دينار ففيه اختلاف، قالا: إذا لم يوافه به لزمته إذا ادعاها المدعى، وقال محمد: لا تلزمه. (البحر)

(٦) لوجود الشرط فلزم المال وهى مائة دينار ادعى بها.

(٧) قوله: "ولا يجبر" يعنى لو طلب مدعى القصاص أو حد القذف من القاضى أن يأخذه كفيلا لنفس المدعى عليه حتى يحضر البينة، فإلقاءه لا يجبره على إعطاء الكفيل كسائر الحدود عند الإمام مطلقًا بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا كفالة فى حد من غير فصل» ولأن مبنى الحدود كلها على الدرء

أى حد كان أى قصاص المطلوب (س م) جائز اتفاقًا
في حد وقود، ولا يحبس[1] فيهما حتى يشهد شاهدان، أو
واصل بما قبله ولو كان المال مجهولا (ف) الذى تكفّل به
عدل[2]، وبالمال[3] ولو مجهولا إذا كان دينا صحيحًا
أى وتصح أيضًا بقوله: كفلت عنه بما.
بكفلت[4] عنه بألف، وبمالك[5] عليه، وبما يدركك[6] في هذ
يصح أيضًا بقوله:...إلخ أى أظهر وجب.
البيع، وما بايعت فلانًا فعلىّ، وما ذاب لك عليه فعلىّ، وما[7]

بالشبهة، فلا يجبر على امتثاقها لكفالة. (المجمع)

(٨) وأخذ الكفيل برضاه بلا طلب فى حد القذف والقصاص جائز اتفاقًا.

(١) قوله: "لا يحبس" أى لا يحبس فى الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو واحد عدل يعرفه القاضى بالعدالة؛ لأن الحبس ههنا لتهمة الفساد وشهادة المستورين، تصلح للحكم به، فتصلح لإثبات التهمة، وخبر الواحد حجة فى الديانات والمعاملات، فيثبت شهادة العدل التهمة، وإن لم يثبت به أصل الحق، والحبس بتهمة الفساد مشروع؛ لأنه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة، بخلاف دعوى الأموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت؛ لأنه نهاية العقوبة، فلا يثبت إلا بحجة تامة كالحد نفسه. (الزيلعى)

(٢) أى أو يشهد واحد عدل يعرفه القاضى بالعدالة.

(٣) قوله: "بالمال" أى تصح الكفالة بالمال، ولو كان المال مجهولا، وصحتها بالإجماع، وصحت مع جهالة المال لبناءهما على التوسع، ولذا جاز شرط الخيار فيها أكثر من ثلاثة، ويدل عليه إجماعهم على صحتها بالدرك مع أنه لا يعلم لم يستحق من البيع كله أو بعضه، والدين الصحيح ما لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء، فلم تصح ببدل الكتابة لأنه يسقط بدونهما بالتعجيز، وكذا لا يجوز ببدل السعاية عنده؛ خلافًا لهما مع أنه لا يسقط إذ هو لا يقبل التعجيز. (البحر)

(٤) بيان لألفاظ الكفالة، يتعلق بالمحذوف، أى تصح الكفالة بالمال بقوله: كفلت... إلخ.

(٥) أى وتصح أيضًا، بقوله: كفلت عنه بمالك أو بالذى ثبت لك عليه، أى على فلان، هذا مثال المجهول.

(٦) يعنى إذا استحق المبيع من يد المشترى، ولزمه غرامة الثمن، وهذا هو ضمان الدرك، والدرك لغة بفتحتين وسكون الراء اسم من أدركت الشيء، واصطلاحًا الرجوع بالثمن عند استحقاق المبيع. (العينى)

(٧) إنما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لأنه إذا كان أحدهما مجهولا لا تصح الكفالة. (العينى)

وتصح أيضًا بقوله:...إلخ المكفول ماضٍ من المطالبة إن شاء إن شاء أو طالبهما جميعًا المديون

غصبك فلان فعلى، فطالب[1] الكفيل أو المديون إلا إذا شرط

فلا يطالب الأصيل إلا بالتوى عندنا.

البراءة، فحينئذٍ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ

وهو المديون لما ذكرنا

بها المحيل كفالة[2]، ولو طالب أحدهما له[3] أن يطالب الآخر،

أي موافق

ويصح[4] تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق

أي كقوله: إن استحق المبيع مستحق فعليَّ الثمن. أي كقوله: إن...إلخ

كإن استحق المبيع أو لإمكان الاستيفاء، كإن قدم زيدٌ وهو

أي كقوله: إن غاب زيد تعليق الكفالة

مكفول عنه، أو لتعذره، كإن غاب عن المصر، ولا يصح[5]

---

(١) قوله: "فطالب" أي الطالب يخير إن شاء طالب الكفيل، وإن شاء طالب الأصيل، وكذا له أن يطالبهما معًا؛ لأنه موجب الكفالة، إذ هي تنبئ عن الضم، وذلك يقتضى بقاء الأول لا البراءة إلا إذا شرط براءة الأصيل، فحينئذٍ تكون حوالة، فلا يطالب الأصيل، كما إذا أحال بشرط أن لا يبرأ المحيل، فله أن يطالبه لما عرف أن العبرة للمعانى لا لمجرد اللفظ. (الزيلعى)

وفى "البحر": ولو قال: وطالبهما لكان أولى لبيان ذلك، وليفيد حكم طلب أحدهما بالأولى.

(٢) فحينئذٍ للطالب أن يطالب الكفيل أو المحيل.

(٣) قوله: "له" بخلاف المغصوب منه إذا اختار أحد الغاصبين؛ لأن اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به، فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك، وأما المطالبة بالكفالة لا تقتضيه ما لم يوجد منه حقيقة الاستيفاء. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ويصح" أي يجوز، تعليق الكفالة لشروط ملائمة لا بمطلق الشرط، والملائمة تثبت يكون الشرط سببًا لوجوبه كقوله: إن استحق المبيع، فعليَّ الثمن، أو بكونه ممكنًا من الاستيفاء، كقوله: إن قدم فلان فعليَّ ما عليه من الدين، أو بكونه سببًا لتعذر الاستيفاء منه، كقوله: إن غاب زيد فعليَّ ما عليه من الدين، فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾، فوجه التمسك بالآية أنه علق الكفالة بالشرط، وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل على المجيء بالصاع، وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم تنسخ. (ز)

(٥) قوله: "ولا يصح" يعنى لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه، كنزول المطر، فإن علق به تصح الكفالة، ويجب المال حالا، هكذا ذكر فى "الهداية" و"الكافى"، وهذا سهو، فإن الحكم فيه أن التعليق لا يصح، ولا يلزمه المال؛ لأن الشرط غير ملائم، فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم، ذكره قاضيخان وغيره (الزيلعى) وإن شئت زيادة التحقيق مع ماله وما عليه، فراجع إلى ما فى "البحر" و"الطحطاوى".

بنحو: إن هبت الريح، فإن جعل أجلا تصح الكفالة، ويجب المال حالا، فإن كفل(١) بما له عليه، فبرهن على ألف لزمه، وإلا صدق الكفيل فيما أقر بحلفه، ولا ينفذ(٢) قول المطلوب على الكفيل، وتصح(٣) الكفالة بأمر المكفول عنه وبغير أمره، فإن كفل بأمره رجع(٤) بما أدى عليه، وإن كفل بغير أمره لم يرجع، ولا يطالب(٥) الأصيل بالمال قبل أن يؤدى

(فأنا ضامن — في الكفالة — رجل — أي بالذى لزيد مثلاأى على عمرو مثلا. أى زيد أى أقام البينة. — الكفيل — قليلا كان أو كثيرا — بالتشديد — وهو المكفول عنه — بأن يقول: تكفّل عنى — أي بأمر المطلوب — أي المطلوب — لأنه متبرّع — الكفيل — وهو المكفول عنه — الكفيل المال)

(١) قوله: "فإن كفل" يعنى إذا تكفل رجل بماله على فلان، فأقام الطالب البينة على أن له عليه ألف درهم لزم الكفيل؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، وإن لم يقم فلا يجب عليه شيء، لأن قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب، وهو المكفول عنه، ولا على الكفيل؛ لأنه مدع، فلا يقبل قوله إلا ببينة. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولا ينفذ" يعنى إذا أقر الكفيل بشيء، والمسألة بحالها، وادعى الطالب أكثر من ذلك، كان القول للكفيل؛ لأنه منكر، ولو أقر المكفول عنه بأكثر من ذلك، لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه؛ لأن الإقرار على الغير لا ينفذ إلا إذا كان عن ولاية، وهذا بخلاف ما إذا قال: ما ذاب لك على فلان فعليّ، فأقرّ فلان على نفسه بألف درهم مثلا، فأنكر الفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانًا، والقياس أن لا يلزمه شيء لما بينا، وجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرر له عليه في المستقبل، وقد تقرر عليه بإقراره، وهذا لأنه متكفل بما يستحب له عليه، فيشترط الوجوب عليه فيما يأتى بأىّ طريق كان، وفى مسألة الكتاب تكفل بما عليه فى الحال، فإذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان منهما، فلا يصدق ما لم يقم البينة، ويصدق المطلوب فى حق نفسه لإقراره عليه، كالمريض إذا أقر بدين يرد إقراره فى حق غرماء الصحة، ويقبل فى حق نفسه حتى إذا فضل شيء من غرماء الصحة كان للمقر له. (الزيلعى)

(٣) لا يوجد هذه الجملة فى شيء من النسخ الصحيحة المعتمدة الموجودة عندنا، ولعلها من زيادات بعض الناسخين. (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) قوله: "يرجع" أطلقه وهو مقيد بما إذا أدى ما ضمنه، بأن ضمن الدراهم، وأدى الدراهم، وجه الرجوع أنه قضى دينه بأمره، وأما إذا أدى خلافه بأن ضمن الدراهم مثلا، وأدى الدنانير رجع بما ضمن؛ لأنه ملك الدين بالأداء، فنزل منزلة الطالب، كما إذا ملكه بالإرث. (عز)

(٥) قوله: "ولا يطالب" لأنه التزم المطالبة، وإنما يتملك الدين بالأداء، فلا يرجع قبل التملك،

الكفيل بالمال من جهة الطالب الطالب
عنه، فإن لوزم[1] لازمه، وبرئ[2] بأداء الأصيل، ولو أبرأ[3]
الطالب الكفيل عن المطالبة بالمال الدين في الثانية أى الحكم المذكور
الأصيلَ أو أخر عنه، برئ الكفيلُ وتأخر عنه، ولا ينعكس[4]،
أى الأصيل أو الكفيل هو دين وهو خمس مائة درهم أى الأصيل والكفيل
ولو صالح[5] أحدهما ربّ المال عن ألف على نصفه برئا، وإن
الذى كفلت به إذا كفل بأمره وإلا لا
قال الطالب للكفيل: برئت إلىّ من المال، رجع[6] على

بخلاف الوكيل بالشراء، حيث يرجع قبل الأداء؛ لأن الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشترى فيما يرجع إلى الحقوق لما أنه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا فى مقدار الثمن تحالفًا، وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل إلى أن يوفى الثمن، كما كان ذلك للبائع إذ هو استفاد الملك من جهة، فكذا له أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدى كما كان للمشترى أن يطالب المشترى منه إذا باع المبيع قبل أن يوفى الثمن إلى البائع. (الزيلعى)

(١) قوله: "فإن لوزم" أى إن لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الأصيل حتى يخلصه، وكذا إذا حبسه له أن يحبسه؛ لأنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة، ولحقه ما لحقه من جهته، فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك، أو تخليصه واجب عليه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وبرئ" أى برئ الكفيل بأداء الأصيل؛ لأن الأصيل يبرأ بالأداء، وبراءته توجب براءة الكفيل؛ لأنه ليس عليه دين فى الصحيح، وإنما عليه المطالبة فقط، ويستحيل المطالبة بدون الدين. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولو برأ" أى لو برأ الطالب الأصيل، أو أجل دينه برئ الكفيل، وتأجل الدين فى حقه أيضًا؛ لما ذكرنا أنه ليس عليه إلا المطالبة، وهى تبع للدين، فسقط بسقوطه، وتتأخر بتأخره، بخلاف ما إذا تكفل بشرط براءة الأصيل ابتداء حيث يبرأ الأصيل وحده دون الكفيل؛ لأن الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازًا، واللفظ إذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة، فصار الكفيل محالا عليه، وبراءة المحيل لا توجب براءة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولا ينعكس" أى براءة الكفيل لا توجب براءة الأصيل، ولا التأخير عنه يوجب التأخير عن الأصيل؛ لأن عليه المطالبة، وبقاء الدين على الأصيل بدونه جائز. (البحر)

(٥) قوله: "ولو صالح" أى لو صالح الأصيل، أو الكفيل الطالب على نصف الدين، برئ الكفيل والأصيل، أما إذا صالح الأصيل فظاهر؛ لأنه بالصلح يبرأ براءة توجب براءة الكفيل، وأما إذا صالح الكفيل فلأنه إضافة إلى الألف الدين، وهى على الأصيل، فبرئ عن خمسمائة، فبراءته توجب براءة الكفيل، ثم برئا جميعًا عن خمس مائة بأداء الكفيل، ويرجع على الأصيل بخمس مائة إن كانت الكفالة بأمره، بخلاف ما إذا صالح على جنس آخر لكونه مبادلة، فملكه، فرجع بالألف. (البحر)

(٦) قوله: "رجع" أى الكفيل يرجع على المكفول عنه؛ لأن هذا إقرار منه بالقبض من الكفيل؛

وهو المكفول بفتح التاءِ من غير قوله: إليّ

المطلوب، وفي[١] برئت أو أبرأتك لا[٢]، وبطل[٣] تعليق البراءة

وقيل: صح. بالرفع عطف على تعليق البراءة. أي قصاص

من الكفالة بالشرط، والكفالة[٤] بحدّ، وقود ومبيع[٥]،

أي وكذا لا يصح بأمانة. أي ولو كان المكفول به ثمنًا.

ومرهون[٦] وأمانة، وصح[٧] لو ثمنا ومغصوبًا ومقبوضًا[٨]

لأن البراءة التي تكون ابتداءها من الكفيل وانتهاءها إلى الطالب لا تكون إلا بالإيفاء منه، فصار كأنه قال: دفعت إليّ أو نقدتني أو قبضه منك، فيرجع عليه، ولا يرجع الطالب على واحد منهما لإقراره بالاستيفاء من الكفيل. (الزيلعي)

(١) قوله: "وفي" أي في قول الطالب الكفيل: برئت أو برأتك لا يرجع الكفيل على المطلوب، أما في أبرأتك فلا خلاف فيه؛ لأنه إبراء لا ينتهي إلى غيره، وذلك بالإسقاط، فلم يكن إقرارًا بالإيفاء، وأما في برئت، فقال محمد: هو مثله، لاحتماله البراءة بالأداء عليه والإبراء، فيثبت الأولى، إذ لا رجوع بالشك، وقال أبو يوسف: هو مثل الأول؛ لأنه أقر ببراءة ابتداءها من المطلوب، وإليه الإيفاء دون الإبراء. (البحر بحذف)

(٢) لا يرجع الكفيل على الأصيل.

(٣) قوله: "وبطل" أي ولا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالمال بالشرط مثل: إذا جاء غدٌ فأنت بريء من الكفالة بالماء، فجاء غد لا يبرأ عنهما، إذ شرطه باطل، وكفالته جائزة، كسائر البراءات؛ لأن في الإبراء معنى التمليك، والتمليكات لا تقبل التعليق بالشرط، لكونه قمارًا، هذا ظاهر على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل، وعلى قول غيره أن تمليك المطالبة كتمليك الدين؛ لأنها وسيلة إليه، وكذا لا يجوز تعليق براءة الأصيل؛ لأن معنى التمليك فيه ظاهر، إذ المال واجب عليه. (المجمع)

(٤) قوله: "والكفالة" يعني الكفالة بهذه الأشياء باطلة، أما الكفالة باستيفاء الحد والقصاص فلأن الكفالة إنما تصح بمضمون تجرى النيابة في إيفاءه، ولا تجرى النيابة في العقوبات؛ لأن المقصود من شرعهما زجر المفسدين عن الفساد، فلا يمكن إقامتهما على غير الجاني لعدم الفائدة، وأما الكفالة بالمبيع والمرهون والأمانات كلها فلأن الكفالة من شرط صحتها أن يكون المكفول به مضمونا على الأصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه إلا بدفعه، أو بدفع بدله؛ لأن الكفالة التزام المطالبة بما على الأصيل، فلا بد أن يكون واجبًا على الأصيل ومضمونًا عليه، حتى يتحقق معنى الضم، والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه، وإنما هو مضمون بالثمن، ألا ترى أنه لو هلك لا يجب عليه شيء، بل ينفسخ البيع، وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه، وإنما يسقط دينه إذا هلك، فلا يمكن إيجاب الضمان على الكفيل، وهو ليس بواجب على الأصيل، لا عينها ولا تسليمها، فلا يمكن جعلهما مضمونة على الكفيل، فلا تصح الكفالة بها. (الزيلعي)

(٥) أي وتبطل الكفالة أيضًا بمبيع في يد البائع.

(٦) أي وكذا لا يصح بمرهون في يد المرتهن.

وكذا إذا كان المكفول به بيعًا فاسدًا

على سَوم الشراء، ومبيعا فاسدا، وحمل(١) دابّةٍ معيّنة

بالجر أيضًا عطف على حمل دابة — بالجر أيضًا عطف على حمل دابة

مستأجرة(٢)، وخدمةِ عبد استوجر للخدمة، وبلا قبول(٣)

وهو المكفول له (س ف ك و) — بأمر المريض

الطالب في مجلس العقد إلا(٤) إن تكفل وارث المريض

(٧) قوله: "وصح [التكفيل عن المشترى]" أى صح الضمان لو كان المضمون. . . إلخ أما الثمن فلكونه دينًا صحيحًا مضمونًا على المشترى، وأما ما عداه فلكونه مضمونًا بنفسه على الأصيل؛ لأنه إذا هلك وجبت قيمته وهى كهو. (البحر)

(٨) أى كذا إذا كان المكفول له مقبوضًا على سوم الشراء أى على طلبه.

(١) قوله: "وحمل [بالجر عطف على قوله: بحد وقصاص]" يعنى لا تجوز الكفالة بالحمل فيما إذا استأجر دابة معينة للحمل عليهما، ولا بالخدمة فيما إذا استأجر عبدًا للخدمة؛ لأن من شرطهما أن يكون قادرًا على التسليم، وهنا لا يقدر لأنه استحق عليه الحمل على دابة معينة، والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الأجرة؛ لأنه أتى بغير المقصود عليه، ألا ترى أن المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الأجرة، فصار عاجزًا ضرورة، وكذا العبد للخدمة، بخلاف ما إذا كانت الدابة غير معينة؛ لأن المستحق على المؤجر الحمل، والكفيل يقدر على ذلك بأن يحمله على دابة نفسه، ولو تكفل بتسليم الدابة فيما إذا كانت معينة جاز؛ لما ذكرنا فى المبيع. (الزيلعى)

(٢) بأن استأجرها شخص للحمل عليها، فكفل رجل يحمل.

(٣) قوله: "وبلا قبول [أى ولا تصح الكفالة أيضًا بلا قبول. . . إلخ]" أى بطلت الكفالة بلا قبول الطالب فى مجلس الإيجاب، أى لم تنعقد أصلا، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد، وقال أبو يوسف: يجوز إذا بلغه فأجاز، ولم يشترط فى بعض النسخ الإجازة، وهو الأظهر عنه، والخلاف فى الكفالة فى النفس والمال جميعًا.

له أنه تصرف التزام فيستبد به الملتزم، وهذا وجه الظاهر عنه، ووجه التوقف أنه تصرف للغير، فيتوقف على رضاه كسائر العقود، وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين، وإن كان فضوليا كما فى نكاح الفضولى.

ولهما أن فيهما معنى التمليك، وهو تمليك المطالبة منه، فيقوم بهما جميعًا، والموجود شطره، فلا يتوقف على وراء المجلس إلا أن يقبل عن الطالب فضولى، فإنه يصح ويتوقف على إجازته، وللكفيل أن يخرج نفسه عنها قبل إجازته. (البحر والزيلعى)

(٤) قوله: "إلا" يعنى لا تجوز الكفالة إلا بقبول المكفول له فى المجلس عندهما إلا فى مسألة واحدة، وهى أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم: تكفلوا عنى بما علىّ الدين لغرمائى، فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء، فإنه جائز استحسانًا، وإن كان القياس يأباه على قولهما، إذ لا يتم إلا بقبوله، فصار كما لو قال ذلك فى حالة الصحة، وجه الاستحسان أن هذه وصية منه، ولورثته بأن يقضوا دينه، ولهذا

أى ولا تصح الكفالة أيضًا عن بميت لم يترك مالا وعليه دين (س م ف ك د) ف ك و

عنه، وعن[١] ميت مفلس وبالثمن[٢] للموكل ولرب المال

أى ولا تصح الكفالة بالثمن للشريك...إلخ أى لا تصح الكفالة أيضًا بالعهدة

وللشريك[٣] إذا بيع عبدٌ صفقةً[٤] وبالعهدة[٥]

يصح وإن لم يسم المريض الدين وغرماءه؛ لأن الجهالة لا تمنع صحة الوصية، ولهذا قالوا: لا تصح إذا لم يخلف مالا. (الزيلعى)

(١) قوله: "وعن" يعنى لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه ديون، وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: صحيحة لما روى أن رسول الله ﷺ أتى بجنازة رجل من الأنصار، فسأل هل عليه دين؟ قالوا: نعم، درهمان أو ديناران، فامتنع عن الصلاة، فقال: صلوا على أخيكم، فقام أبو قتادة، فقال: هما علىّ يا رسول الله ﷺ، وله أنه كفل بدين ساقط؛ لأن الدين هو الفعل حقيقة، ولهذا يوصف بالوجوب إلا أنه فى الحكم مال؛ لأنه يؤول إليه فى المآل، وقد عجز بنفسه، وبخلفه، ففات عاقبة الاستيفاء، فيسقط ضرورة، والتبرع لا يعتمد قيام الدين، وإذا كان له كفيل، إذ له مال، فخلفه أو الإفضاء إلى الأداء باق، والجواب عن الحديث أنه يحتمل الإقرار عن كفالة سابقة، والإنشاء والوعد حكاية الفعل لا عموم لهما. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "وبالثمن [أى ولا تصح الكفالة بالثمن]" أى لا تجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال، معناه إذا وكل رجل رجلا ببيع شيء، فباعه الوكيل، ثم ضمن الثمن للموكل عن المشترى، أو ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشترى لم يجز؛ لأن حق القبض للوكيل، والمضارب فقط، فبكفالتهما كل منهما يصير كفيلا لنفسه؛ لأن الكفالة التزام المطالبة ولا مطالبة إلا لهما. (الزيلعى والكشف بتغيّر)

(٣) قوله: "وللشريك" أى إذا باع رجلان عبدًا مشتركًا بينهما من رجل صفقة واحدة، وضمن أحدهما لشريكه نصيبه من الثمن، لا يجوز؛ لأنه ضامنًا لنفسه؛ لأنه ضامن جزء يؤديه المشترى، أو الكفيل من الثمن إلا ولشريكه فيه نصيب. (الزيلعى)

(٤) يعنى فى عقد واحد.

(٥) قوله: "وبالعهدة" أى لا تجوز الكفالة بالعهدة، وصورتها أن يشترى عبدًا من رجل مثلا، فيضمن للمشترى رجل بالعهدة، وإنما لا يجوز لأن العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم؛ لأنه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة، وهو ملك البائع، ولا يلزمه التسليم، فإذا ضمن تسليمه إلى المشترى فقد ضمن ما لا يقدر عليه، فلا يصح، ويطلق على العقد؛ لأنهما مأخوذة على العهد، والعقد والعهد واحد، وعلى حقوق العقد؛ لأنهما ثمرة العقد، وعلى الدرك وعلى خيار الشرط، ففى الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام، أى خيار الشرط فيه، فتعذر العمل بها قبل البيان، فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك، فإن ضمانه صحيح؛ لأنه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، وهو معلوم مقدور التسليم.

ولا يقال: ينبغى أن يصرف إلى جواز الضمان به، وهو الدرك تصحيحًا لتصرفاته؛ لأنا نقول:

أى ولا تصح الكفالة أيضًا بالخلاص (س م)
والخلاص[1] ومال الكتابة[2].

في مسائل متفرقة من جنس هذا الباب

فصل

المال المكفول به
ولو أعطى[3] المطلوبُ الكفيل قبل أن يعطى الكفيلُ

أى المكفول له
الطالب لا يستردُّ منه، وما[4] ربح الكفيلُ فهو له، وندب[5]

فراغ الذمة أصل، فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال. (الزيلعى)

(١) قوله: "والخلاص" أى وبطلت الكفالة بالخلاص، وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: هى صحيحة بناءً على تفسيرها بتخليص المبيع إن قدر عليه، ورد الثمن إن لم يقدر عليه، وهو ضمان الدرك فى المعنى، وأبو حنيفة رحمه الله فسره بتخليص المبيع لا محالة، ولا قدرة له عليه؛ لأن المستحق لا يمكنه منه، ولو ضمن تخليص المبيع، أو رد الثمن جاز لإمكان الوفاء به، وهو تسليمه إن أجاز المستحق، أو رده إن لم يجز، فالخلاف راجع إلى التفسير. (البحر)

(٢) أى لا يصح الكفال أيضًا بمال الكتابة لأنه دين غير صحيح.

(٣) قوله: "ولو أعطى" أى لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطى الكفيل المكفول أنه ليس للمكفول عنه أن يسترد منه؛ لأنه تعلق به حق القابض على احتمال قضاءه الدين، فلا تجوز مطالبة ما بقى بالاحتمال، كمن عجل زكاته ودفعها إلى الساعى. (البحر)

(٤) قوله: "وما" أى إذا ربح الكفيل فى المال الذى قبضه من المطلوب قبل أن يقضى الدين طاب له الربح؛ لأنه ملكه حين قبضه، أما إذا قضى الدين فظاهر، وكذا إذا قضى المطلوب بنفسه، وثبت له حق الاسترداد؛ لأنه وجب للكفيل وهو المطالبة، إلا أنه أخرت المطالبة (أى مطالبة الكفيل الأصيل- إلى وقت الأداء، فنزل منزلة الدين المؤجل، ولو عجل المديون الدين المؤجل يملكه الدائن فكذا هذا، وكذا لو أبرأ الكفيل المطلوب قبل أداءه يصح، وكذا إذا قبضه. (البحر والكشف بتغيّر)

(٥) قوله: "وندب [يعنى يستحب رد الربح على المكفول عنه إذا كان المقبوض شيئًا يتعين كالحنطة والشعير]" يعنى إذا كانت الكفالة بكر بر فقبضه الكفيل من المكفول عنه، وباعه وربح فيه، فالربح للكفيل، لكن يستحب له أن يرده على المكفول عنه، ولا يجبر عليه عند الإمام فى رواية "الجامع الصغير"، وهذا إذا قضى الأصيل الدين، وقالا: هو له، ولا يرده، وهو رواية عن الإمام، وعنه أنه يتصدق به قيد بما يتعين؛ لأن ربح ما لا يتعين لا يستحب رده على المطلوب، وهل يطيب للأصيل إذا ردّه الكفيل عليه، قال فى "الغاية": إن كان الأصيل فقيرًا طاب له، وإن كان غنيًا، ففيه روايتان، والأشبه أن يطيب؛ لأنه إنما يرد عليه على أنه حقه. (المجمع)

أي الربح — أي لو كان الذى أخذه من شيئًا...إلخ

رده على المطلوب لو شيئا يتعين، ولو أمر[1] كفيله أن يتعين

الكفيل ذلك — لأنه العاقد الذى ربحه التاجر

عليه حريراً ففعل فالشراء للكفيل، والربح عليه، ومن

أي ظهر ووجب.أي لفلان — على الرجل — أي لفلان على الرجل

كفل عن رجل بما ذاب له عليه، أو بما قضى[2] له عليه،

وهو المكفول عنه

فغاب المطلوب، فبرهن المُدعى على الكفيل أنّ له على

بينته — وأقام الرجل بيّنته عند القاضي على رجل — من المال

المطلوب ألفا لم تُقبل[3]، ولو برهن[4] أنّ له على زيد كذا،

---

(١) قوله: "ولو أمر" تفسيره أن الأصيل أمر الكفيل ببيع العينة، وهو أن يقول له: اشتر من الناس حريرًا أو غيره من الأنواع ثم بعه ما ربحه البائع منك وخسرت أنت فعليّ.

وصورته: أن يأتى هو إلى تاجر، فيطلب منه القرض، ويطلب التاجر الربح، ويخاف من الربا، فيبيعه التاجر ثوبًا يساوى عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو فى السوق بعشرة، فيصل إلى العشرة، ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل، أو يقرضه خمسة عشر إلى أجل، أو يقرضه خمسة عشر درهمًا، ثم يبيعه المقرض ثوبًا يساوى عشرة بخمسة عشر، فيأخذ الدراهم التى أقرضه على أنها ثمن الثوب، فيبقى عليه الخمسة عشر فرضا، فإذا فعل ذلك نفذ عليه، والربح الذى ربحه التاجر يلزمه، ولا يلزم الآمر شيء من ذلك؛ لأنه إما ضمان خسران، وهو فاسد، أو توكيل فاسد؛ لأن الحرير غير متعين، وعلى كل فالشراء للمشترى، وهو الكفيل. (الزيلعى والكشف)

(٢) أى أو كفل عن رجل بما... إلخ.

(٣) قوله: "لم تقبل" لأنه كفل ما لا يجب فى المستقبل بالقضاء، أو بأى سبب كان، وذلك لم يوجد؛ لأن القضاء على الغائب لا يجوز، فلم يوجب شيئًا، ولم يوجد شرطه، ولهذا لو أقر الكفيل على الأصيل بألف درهم لا يجب على الكفيل؛ لأن إقراره لا يوجب على الأصيل، وشرط لزوم الكفيل فى هذه الكفالة الوجوب على الأصيل، فكذا القضاء وهو غائب. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولو برهن" أى لو أحضر شخصًا عند القاضى، فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم، وأن هذا الشخص كفيل عنه بأمره، قبلت البينة، وقضى على الأصيل والكفيل جميعًا، ولو أقام البينة أنه كفل عنه بغير أمره، قضى على الكفيل فقط، ولا يقضى على الغائب، وإنما قبل البرهان هنا لأن المكفول به مال مطلق، بخلاف ما تقدم، وإنما يختلف بأمره وعدمه؛ لأنها يتغايران؛ لأن الكفالة بالأمر تبرع ابتداء، ومعاوضة انتهاء، وبغير أمر تبرع ابتداء وانتهاء، فبدعواه أحدهما لا يقضى له بالآخر، وإذا قضى بها بالأمر يثبت أمره، وهو يتضمن الإقرار بالمال، فيصير مقضيًا، والكفالة بأمر لا تمس جانبه؛ لأنه يعتمد صحتها قيام الدين فى وعد الكفيل، فلا يتعدى إليه، وفى الكفالة بأمر يرجع الكفيل بما أدى على الآمر. (الزيلعى والبحر)

أى الذى أحضره عند القاضى وزيد غائب ولو برهن أنه كفيل عنه بلا أمره

وأن هذا كفيل عنه بأمره، قضى به عليهما(١)، ولو بلا أمر

ولو برهن أنه كفيل عنه بلا أمره

قضى على الكفيل فقط(٢)، وكفالته(٣)

للمبيع وإقرار منه أنه لا حق له فيه. أى لا يكون تسليمًا. جوابه كلمة صح فى آخر الجملة

بالدرك(٤) تسليم وشهادته(٥) وختمه لا، ومن ضمن عن

جوابه كلمة صح فى آخر الجملة

آخر خراجه أو رهن به، أو ضمن نوائبه، أو قسمته

---

(١) أى على زيد وعلى الذى أحضره وأقام عليه البينة أنه كفيل عنه.

(٢) يعنى إلا يقضى على الغائب.

(٣) قوله: "وكفالته" (أى كفالة رجل للمشترى عن البائع إذا باع له دارًا مثلا) معناه إذا باع رجل دارًا مثلا، فكفل رجل للمشترى عن البائع بالدرك، وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع، فكفالته تسليم للمبيع، وإقرار منه أنه لا حق له فيها حتى لو ادعى أن الدار ملكه، أو ادعى فيها الشفعة، أو الإجارة لا تسمع دعواه؛ لأن الكفالة إن كانت مشروطة فى البيع توقت جوازه على قبول الكفيل للكفالة فى المجلس، فإذا قبل وانبرم بقبوله، ثم ادعى الملك أو غيره صار ساعيا فى نقض ما تم من جهته، ومن سعى فى نقض ما تم من جهته ضلّ سعيه فى الحياة الدنيا، وإن لم تكن مشروطة فى البيع، فالمطلوب من هذه الكفالة إتمام البيع وإحكامه بأن لا يرغب فيه المشترى إلا بالكفالة خوفا من الاستحقاق، فيكون إقرارًا منه بأن البائع مالك لهما وقت البيع، فلا تصح دعواه بعد ذلك. (الزيلعى)

(٤) وهو ضمان الثمن وعند استحقاق المبيع.

(٥) قوله: "وشهادته [أى شهادة الرجل المذكور فى الصورة المذكور]" أى كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليمًا حتى إذا ادعاه بعده تقبل دعواه؛ لأن الشهادة ليس فيها ما يدل على أنه أقر للبائع بالملك، إذ البيع يوجد من غير المالك، كما يوجد من المالك، ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة، أو لينظر فى البيع، حتى إذا رأى فيه مصلحة أجازه، وليس فيه ما يدل على نفاذه، بخلاف ضمان الدرك؛ لأن مقصوده الانبرام على ما بينا، حتى لو شهد هنا أيضًا عند الحاكم بالبيع، وقضى بشهادة أنه لم يقض يكون تسليمًا حتى لا يسمع دعواه بعد ذلك؛ لأن الشهادة بالبيع على إنسان إقراره أنه لنفاذ البيع به؛ لأن العاقل يريد كأنه قال: باع وهو يملكه، أو باع بيعًا باتًا نافذًا فى الشهادة، كذلك من غير أن يقول فيه على زعم المتعاقدين، أو إقرارهما، فيكون بدعواه بعد مناقضًا، بخلاف مجرد الكتابة فى الصك؛ لأنه لا يتعلق به حكم، وإنما هو مجرد إخبار، وهو لو أخبر بأن فلانًا باع شيئًا كان له أن يدعيه، وقوله: وختمه وقع اتفاقًا باعتبار عادتهم، فإنهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفًا من التغير والتزوير، والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك مختومًا أو غير مختوم. (الزيلعى)

هذا الضمان وصح هذا الرهن أيضا — درهم

صح[١]، ومن قال[٢] لآخر: ضمنت لك عن فلان مائة

الآخر، وهو المقر له صدقة، ولكن هى حالة — ف س

إلى شهر، فقال: هى حالة، فالقول للضامن، ومن اشترى أمةً

---

(١) قوله: "صح" أما الخراج فلكونه دينًا مطالبًا به، قيد به للاحتراز عن الزكاة فى الأموال الظاهرة، فإنه لا يجوز الضمان بها عن صاحب المال؛ لأنها مجرد فعل، ولهذا لا تؤخذ من تركته إلا بوصيته.

أطلقه فشمل الخراج الموظف وخراج المقاسمة، وخصصه بعضهم بالموظف، وهو ما يجب فى الذمة، ونفى صحة الضمان بخراج المقاسمة؛ لأنه لم يكن دينًا فى الذمة، والرهن كالكفالة بجامع التوثق، فيجوز فى كل موضع تجوز الكفالة فيه، هكذا ذكر الشارح، وهو منقوض بالدرك، فإن الكفالة به جائزة دون الرهن.

وأما النوائب فجمع نائبة، وفى "الصحاح": النائبة المصيبة، واحدة نوائب الدهر. . . اهـ، وفى اصطلاحهم قيل: أراد بها ما يكون بحق كأجرة الحراس وكرى النهر المشترك، والمال الموظف لتجهيز الجيش، وفداء الأسرى، وقيل المراد بهما ما ليس بحق، كالجبايات التى فى زماننا يأخذها الظلمة بغير حق، فإن كان مراده هو الأول جازت الكفالة بهما اتفاقًا؛ لأنه واجب مضمون وإن كان مراده الثانى، ففيه اختلاف المشايخ، فقال بعضهم: لا تجوز الكالة؛ لأنها ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة أو الدين، وهنا لا مطالبة ولا دين شرعيان على الأصيل، فلم يتحقق معناها.

وقال بعضهم: تجوز لأنها فى المطالبة مثل سائر الديون، بل فوقهما، والعبرة للمطالبة؛ لأنها لالتزامها، فالمطالبة الحسية كالمطالبة الشرعية.

وأما القسمة فقيل هى النوائب بعينها، أو حصة منها، والرواية بـ"أو"، وقيل هى النائبة الموظفة الراتبة، والمراد بالنوائب ما ينوبه عن راتب، والحاصل أن المشايخ اختلفوا فى معناه، فأبوبكر بن سعيد ادعى أن هذه الكلمة غلط؛ لأن القسمة مصدر، والمصدر فعل، وهذا الفعل غير مضمون، وردّ بأن القسمة تجيء بمعنى النصيب، والفقيه أبوجعفر الهندوانى قال: معناها أن أحد الشريكين إذا طلب القسمة من صاحبه، وامتنع الآخر عن ذلك، فضمن إنسانًا ليقوم مقامه فى القسمة جاز؛ لأن القسمة واجبة عليه.

وقال بعضهم: معناها إذا اقتسما، ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه، فتكون الرواية على هذا قسمة بالضمير لا بالتاء، وقد علمت أن القسمة بالتاء تجيء بمعنى القسم بلا تاء. (البحر بحذف)

(٢) قوله: "ومن قال" يعنى إذا أقر أنه كفيل بدين عن فلان، وادعى الأجل، فصدقه المقر وهو الطالب فى الدين، وكذبه فى الأجل، كان القول قول المقر؛ لأنه لم يقر بالدين؛ لأنه لا دين عليه فى الصحيح، إنما أقر بمجرد المطالبة بعد أشهر، قيد بالضمان لأنه لو أقر بمائة إلى شهر، وقال المقر له: هى حالة، فالقول للمقر له؛ لأن المقر أقر بالدين، ثم ادعى حقا لنفسه وهو تأخير المطالبة إلى الأجل، وهذا هو الفرق. (البحر والزيلعى)

لضمان الدرك

وكفل له رجل بالدرك فاستُحقّت لم يأخذ[1] المشترى الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع

وفى نسخة : والعبدين

باب[2] كفالة الرجلين والعبد وعنه

متحد صفة وسببًا · أى وكل واحد منهما · أى كل شيء · أى أحد الاثنين

دين[3] عليهما[4] وكل كفل عن صاحبه، فما أداه أحدهما

حتى يزيدا ما يؤديه على النصف · ما أداه

لم يرجع به على شريكه، فإن زاد على النصف رجع بالزيادة،

أى الاثنان · بما لزمه بالكفالة · أى كل واحد من الاثنين · أحدهما · المؤدى

وإن كفلا[5] عن رجل، وكفل كل عن صاحبه، فما أدى رجع

---

(١) قوله : "لم يأخذ" لأن الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق، وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ البيع، ويحكم على البائع برد الثمن على المشترى، وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ، ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز، فلو كان منتقضًا لما جاز، فإذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع، ولم يخرج عن ملكه؛ لأن بدل المستحق مملوك، ألا ترى أنه لو كان ثمنها عبدًا فأعتقه البائع فى هذه الحالة عتق. (الزيلعى)

(٢) قوله : "باب" شروع فى كفالة الرجلين بعد كفالة الرجل؛ لأن الاثنين بعد الواحد فى الوجود، فأخر ذكرها وضعًا للتناسب. (الشلبى)

(٣) قوله : "دين" معناه إذا كان لرجل دين على اثنين بأن اشتريا منه عبدًا، وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه، فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد ما يؤديه على النصف، فيرجع بالزيادة؛ لأن كل واحد منهما فى النصف أصيل، وفى النصف الآخر كفيل، ولا معارضة بين ما عليه بحق الأصالة وبحق الكفالة؛ لأن الأول دين، والثانى مطالبة، ثم هو تابع للأول، فيقع عن الأول، وفى الزيادة لا معارضة، فيقع عن الكفالة. (البحر والزيلعى)

(٤) على اثنين بأن اشتريا منه عبدًا.

(٥) قوله : "وإن كفلا" معناه إذا كان على رجل دين ألف درهم مثلا، فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد، ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة؛ لأن الكفالة عن الكفيل جائزة، كما تجوز عن الأصيل، فما أدى أحدهما رجع بنصيبه على صاحبه، ثم يرجعان على الأصيل إن شاء، وإن شاء رجع وهو بالكل على الأصيل، وأما رجوع كل واحد من الكفيلين على الآخر فلكون الكل كفالة هنا، فلا رجحان، فوقع شائعًا، بخلاف المسألة الأولى، فإن الأصالة ترجح على الكفالة، ثم يرجعان على الأصيل؛ لأنهما أديا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه،

سواء كان قليلا أو كثيراً
بنصفه على شريكه، أو بالكل على الأصيل، وإن أبرأ الطّالب
أى أحد الاثنين الطالب أى الكفيل الآخر بكل المال أى الشريكان شركة المفاوضة
أحدهما أخذ[1] الآخر بكلّه، ولو افترق[2] المفاوضان
أى الدائن أىّ الاثنين أى المؤدى على شريكه
وعليهما دين، أخذ الغريم أيّا شاء[3] بكلّ الدين، ولا يرجع
لما بيّنا من الوجهين فى كفالة الرجلين. شخص
حتى يؤدى أكثر من النصف، وإن كاتب عبدَيه كتابةً واحدةً،
أى كل واحد من العبدين. على صاحبه
وكَفَل كل عن صاحبه، فما أدّى أحدُهما رجع[4] بنصفه، ولو
المولى أى أيّ العبدين أى الذى المولى
حرر[5] أحدهما أخذ أيّا شاء بحصة من لم يُعتقه، فإن أخذ

والآخر بنائبه، وأما رجوعه على الأصيل فلكونه كفل بأمره. (الزيلعى والطحطاوى بتصرّف)

(١) قوله: "أخذ" لأن إبراء الكفيل لا يوجب براءة الأصيل، فبقى المال كله على الأصيل، والآخر كفيل عنه بكله، فيأخذه به. (الزيلعى)

(٢) ولو افترق شريكا العنان وثمة دين لم يؤخذ أحدهما إلا بما يحضه.

(٣) لأن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه على ما عرف فى الشركة.

(٤) قوله: "رجع بنفسه" وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لأن فيه كفالة المكاتب، والكفالة ببدل الكتابة، وكل واحد منهما بانفراده باطل، وعند الاجتماع أولى، وطريق الاستحسان أن يجعل كل واحد منهما أصليّا فى حق وجوب الألف عليه، فيكون عتقهما بأداءه، ويجعل كفيلا بألف فى حق صاحبه، وإذا عرف ذلك فما أداه أحدهما رجع على صاحبه بنصف؛ لاستواءهما به، ولو رجع بالكل لم تتحقق المساواة. (الزيلعى والبحر)

(٥) قوله: "وحرّر" معناه لو أعتق أحد العبدين فيما إذا كاتبهما، وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه، صح العتق لوجود المصحح للعتق، وهو الملك فى الرقبة، وبرئ عن حصته من بدل الكتابة؛ لأنه لم يرض بالتزام المال إلا ليكون وسيلة إلى العتق، ولم يبق وسيلة فتسقط حصته، ويبقى على صاحبه حصته؛ لأن المال فى الحقيقة مقابل برقبتهما، وإنما جعل كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان، وإذا حصل له العتق استغنى عنه، فاعتبر مقابلا برقبتهما، فيتوزع عليهما ضرورة، فإذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا، ويأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء، فإن شاء أخذ المعتق بالكفالة، وإن شاء أخذ صاحبه بالأصالة. (الزيلعى)

بفتح التاء: وهو العبد الذى أعتقه — المولى — أى العبد الآخر — أى لا يرجع على صاحبه

المعتق رجع على صاحبه، وإن أخذ الآخــر لا[1]، ومن ضمن[2]

الجملة صفة لـ"مالا" — يعنى يلزمه فى الحال — الضامن بأن المال حال

عن عبـد مالا يؤاخذ به بعد عـتقه، فهـو حال، وإن لـم يسمه،

شخص — قبل التسليم إلى المدعى

ولو ادّعى رقبـة العبـد، فكفل به رجل، فمـات العـبد، فبـرهن

شخص — الكفيل — أى ملكه

المدعـــى أنـــه لـــه، ضمن قـيـمتَـــه، ولو ادعى على عـبد

بأن قال: أخذ منّى كذا بالغصب أو استهلكه — قبل التسليم إلى المدعى

مـــــــالا، وكـفــل بنفسـه رجلٌ، فـمات الـعبـد برئ[3]

---

(١) قوله: "لا" لأن المعتق مؤدّ عنه بأمره والآخر مؤد عن نفسه، وإنما جازت الكفالة ببدل الكتابة هنا؛ لأنه فى حال البقاء، وأما فى الابتداء، فالمال كله عليه. (البحر)

(٢) قوله: "ومن ضمن" أى لو ضمن أحد عن عبد بمال لا يطالب به إلا بعد عتقه، كما إذا أقر العبد باستهلاك مال، وكذبه المولى، أو أقرضه الإنسان أو باعه، وهو محجور عليه، أو أودعه شيئًا فاستهلكه، أو وطئ امرأة بشبهة بغير إذن المولى□ فإنه لا يؤاخذ به، والحال، فإذا ضمنه إنسان لم يبين أنه حال، ولا غيره كان على الضامن حالا؛ لأنه حالٌ عليه لوجود السبب، وقبول الذمة، إلا أنه لا يطالب لعسرة، إذ جميع ما فى يده ملك المولى، ولم يرض بتعلقه به، والكفيل غير معسر، فصار كما إذا كفل عن غائب، أو مفلس، بخلاف الدين المؤجل؛ لأنه متأخر بمؤخر، ثم إذا رأى رجع على العبد بعد العتق؛ لأن الطالب لا يرجع عليه إلا بعد العتق، فكذا الكفيل يقامه مقامه، والتقييد بكونه يؤاخذ به بعد عتقه ليفهم منه حكم ما يؤاخذ به للحال بالأولى، كدين الاستهلاك عيانًا، أو ما لزمه بالتجارة بإذن المولى، وجعله قيدًا احترازًا كما فى الشرح سهو، كما لا يخفى. (البحر وعز)

(٣) قوله: "وبرئ" والفرق أن فى الثانى تكفل عن العبد بتسليم نفسه، فإذا مات العبد وهو المكفول به برئ وهو براءة توجب براءة الكفيل على ما بينا من قبل، ولا يختلف ذلك بين أن يكون المكفول به حرًا أو عبدًا، وفى الأولى تكفل عن ذى اليد بتسليم رقبة العبد؛ لأن المدعى يدعى غصب العبد على ذى اليد، والكفالة بالأعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم، فيجب على ذى اليد رد العين، فإن هلكت يجب عليه قيمتها، فكذا على الكفيل، إن أثبت المدعى بالبينة؛ لأن العبد له؛ لأنه يقوم مقام الأصيل، والبينة كاسمها مبينة، فيظهر بهما أن العبد ملكه، بخلاف ما إذا أثبت الملك له بإقرار ذى اليد، أو بنكوله؛ لأن إقرار الأصيل ليس بحجة فى حق الكفيل، فلا يلزمه ما لم يقر هو بنفسه. (الزيلعى)

وفى البحر هذه المسألة الثانية مكررة لأنه قدم فى الكفالة بالنفس أنها تبطل ثبوت المطلوب، وفى هذا لا فرق بين الحر والعبد، ولكن إنما ذكر ههنا ليبين الفرق بينها وبين الأولى.

كما فى الحمو أى أو المال المكفول به

الكفيل، ولو كفل[(١)] عبدٌ عن سيده بأمره فعتق فأدّاه، أو كفل

أى المال المكفول به أى بعد عتق العبد جواب المسألتين جميعًا

سيّده عنه، وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد على الآخر.

---

(١) قوله: "ولو كفل" بيان المسألتين الأولى كفالة العبد عن سيده، والثانية عكسه، أما الأولى فشرطه أن لا يكون على العبد دين حتى تصح الكفالة بالمال عن المولى، وإنما صحت لأن الحق فى ماليته لمولاه، وهو يملك أن يجعله بالدين بأن يرضيه، أو يقر بالدين، وإن كان عليه دين مستغرق لم تصح كفالة لحق الغرماء، وإن كان بإذن المولى، وأما الثانية فهى صحيحة على كل حال، وإنما لم يرجع أحدهما على الآخر فيهما لأنها وقعت غير موجبة الرجوع؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده دينًا، وكذا العبد على مولاه، فلا تنقلب موجبةً أبدًا، كمن كفل عن عبده بغير أمره، فأجازه.

ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بإيفاء الدين من سائر أمواله، وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته. (البحر)

هى لغةً : النقل ، وشرعًا : ما بيّنه بقوله : هى نقل . . .إلخ

كتاب[١] الحوالة

أى لا تصح فى العين

هى[٢] نقل الدين من ذمّة إلى ذمّة، وتصح[٣] فى الدين لا

وهو الدائن وهو الذى يقبل الحوالة يعنى لا يرجع أبدًا إلا بالتوى. وهو المديون

فى العين برضا المحتال والمحتال عليه، وبرئ[٤] المحيل

بالقبول[٥] من الدّين، ولم يرجع المحتال على المحيل إلا

---

(١) قوله : "كتاب" أورد ما بعد الكفالة لأنها لا تختص بالدين ، ولا تشتمل العين ، بخلاف الكفالة (القهستانى) ومناسبة اقترانهما أن فى كل التزامًا . (الطحطاوى)

(٢) قوله : "هى" أى الحوالة نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه ، وعلى هذا ، فإطلاق الحوالة على الحوالة المقيدة كالحوالة على المودع ، مجاز ؛ لأن الدين لم ينقل إلى ذمة المودع ، ثم اعلم أن زيدًا الدائن إذا حال عمرا بماله على خالد ، فاحتال ، أى قبل فزيد محيل ، وعمر محال ، ويقال : محتال ، والمال محال به ، وخالد محال عليه ، ويقال : عليه . (البحر والكشف)

(٣) قوله : "وتصح" أى من شرائط صحة الحوالة أن تكون فى دين ، فلا تصح فى العين ، ورضا المحتال ، ورضا المحتال عليه ، أما الأول فلأن النقل الذى تضمنته نقل شرعى ، وهو لا يتصور فى الأعيان ، بل المتصور فيها النقل الحسى ، فكانت نقل الوصف الشرعى ، وهو الدين ، فلا بد أن يكون للمحتال دين على المحيل ، وأما الثانى فلأن المحتال هو صحاب الحق ، وتختلف عليه الذمة ، فلا بد من رضاه لاختلاف الناس فى الإيفاء ، فمنهم من يماطل مع القدرة ، ومنهم من يوفى ناقصًا ، ومنهم من هو بالعكس ، فلا يلزمه بدون رضاه .

وأما الثالث : فلأن المحال عليه يلزمه المحال ، ويختلف عليه الطلب ، والناس متفاوتون فيه ، فمنهم من يعنف فيه ، ويستعجل ، ومنهم من يساهل ، ويمهل ويسامح ، ولم يذكر المصنف المحيل ؛ لأن الحوالة تصح بدون رضاه ، وإنما يشترط رضاه للرجوع عليه ، وليسقط دينه ، ونظيرها الكفالة ، فإنها تصح بدون رضا المكفول عنه . (الزيلعى)

(٤) قوله : "وبرئ" لأن الأحكام الشرعية تبتنى على وفق المعانى اللغوية ، فمعنى الحوالة النقل والتحويل ، وهو لا يتحقق إلا بفراغ ذمة الأصيل ، بخلاف الكفالة ؛ لأنها الضم ، وهو لا يتحقق مع البراءة . (البحر)

(٥) أى يقول المحتال الحوالة رد على من يقول : إنه برئ عن المطالبة لا الدين .

ف د — أى التوى بأحد الأمرين على المحال عليه

بالتوى[١]، وهو[٢] أن يجحد الحوالةَ ويحلف ولا بيّنة له[٣]

المحتال عليه — أى بمثل ما أحال به

عليه، أو يموت مفلساً[٤]، فإن طالب المحتال عليه المُحيل بما

أى بسبب دين ثابت. — أى لم يقبل قوله: بل ضمن...إلخ

أحال، فقال المُحيل أحلت بدين لى عليك ضمن[٥] المحيل

على فلان. — أى الدين أراد أنه وكل فى قبضه لأجلى

مثل الدّين، وإن قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لى، فقال

المحتال: لا، بل أحلتنى بدين لى عليك فالقول للمحيل[٦]، ولو

شخص — أى بالشيء الذى — الحوالة — الوديعة — المحال عليه

أحال[٧] بماله عند زيد وديعة[٨] صحت، فإن هلكت برئ،

---

(١) قوله: "إلا بالتوى [بالقصر -وزَانَ حصى- وبمد هلاك المال والفعل منه بكسر الواو ويعدى بالهمزة]" أى إذا تمت الحوالة بشروطها لا يرجع المحتال على المحتال عليه إلا أن يتوى ماله، فيرجع، وقال الشافعي: لا يرجع وإن توى.

لنا ما روى عن عثمان رضى الله عنه موقوفًا ومرفوعًا فى المحتال عليه إذا مات مفلسًا يعود الدين إلى ذمة المحيل، وقال: لا توى على مال امرئ مسلم، فلأن المقصود من شرعه الوصول إلى حقه بالاستيفاء من الثانى، لا مجرد الوجوب؛ لأن الذمم لا تختلف فى نفس الوجوب، وإنما تختلف بالإيفاء، فهذا هو المعهود بين الناس، والمعهود كالمشروط، فعند فواته يجب الرجوع، ألا ترى أن البيع لما كان فى العرف يراد به سلامة المبيع للمشترى، وسلامة من العيب، فعند فواته بالاستحقاق أو الهلاك قبل القبض أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشترى بالعوض لما قلنا. (الكشف مع زيادة)

(٢) قوله: "وهو" وجه الرجوع فيهما أن العجز عن الوصول يتحقق بكل واحد وهو القوى (بحر بتصرف) وعندهما التوى يتحقق فى غيرهما أيضًا، وهو تفليس القاضى. (عز)

(٣) أى لكل واحد من المحيل والمحتال على المحتال عليه.

(٤) بأن لم يترك مالا ولا دينًا على أحد ولا كفيلا.

(٥) قوله: "ضمن" لأن سبب الرجوع قد تحقق وهو قضاء دينه بأمره إلا أن المحيل يدعى عليه دينًا، وهو ينكر، والقول للمنكر. (البحر)

(٦) قوله: "للمحيل" لأن المحتال يدعى عليه، وهو ينكره، ولفظ الحوالة مستعملة فى الوكالة مجازًا لما فى التوكيل من نقل التصرف من الموكل إلى الوكيل، فيكون القول له مع يمينه. (البحر)

(٧) قوله: "ولو أحال" أى إذا كان له وديعة دراهم عند شخص فأحال بها غريمه صحت الحوالة، لأنه أقدر على التسليم، فكانت أولى بالجواز، فإن هلكت برئ؛ لأن الحوالة مقيدة بها إذا لم يلتزم

جمع سفتجة، تعريب سفته أى شيء محكم
وكره السفاتج[١].

التسليم إلا منها ، بخلاف ما إذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به ؛ لأنه يخلف القيمة ، والفوات إلى خلف كلا فوات ، حتى لو هلك المغصوب لا إلى خلف بأن استحق بالبينة صار مثل الوديعة ، وقد تكون مقيدة بالدين .

فحاصله أن الحوالة على نوعين ، مقيدة ومطلقة ، فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه ، أو بعين فى يده وديعة أو غصب أو نحوه ، والمطلقة أن يرسل الحوالة ارسالا ولا يقيد بالشيء مما عنده من وديعة ، أو غصب ، أو دين ، أو يحيله على رجل ليس عليه شيء مما ذكرنا ، والكل جائز لما روينا . (الزيلعى)

(٨) بأن أودع عنده ألف درهم مثلا ثم أحال بها على غريمه .

(١) قوله : "السفاتج" جمع سفجة ، قيل : بضم السين وقيل : بفتحها ، وأما التاء مفتوحة فيهما فارسى معرب وفسرها بعضهم فقال : هى كتاب صاحب المال لوكيله أن يدفع مالا قرضًا ما من به خطر الطريق ، كذا فى "المصباح" .

وفى القاموس : السفجة كقرطقة أن يعطى مالا لآخر ، وللآخذ مال فى بلد المعطى ، فيوفيه إياها ، ثم يستفيد أمن الطريق ، وفعله السفتجة بالفتح . . . اهـ ، وحاصله عندنا قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق للنهى عن قرض جرّ منفعة ، وقيل : إذ لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به ، وفى "البزازية" من كتاب الصرف : ما يقتضى ترجيح الثانى . (البحر)

كتاب[(١)] القضاء

أي من يصح منه القضاء، أو من يصح تولية — ف ك د

أهله أهل[(٢)] الشهادة والفاسق[(٣)] أهلٌ للقضاء كما هو أهلٌ للشهادة، إلا أنه لا ينبغي أن يُقلَّدَ، ولو كان القاضي عَدْلًا ففسق بأخذ الرشوة[(٤)] (وغيرها من الزنا أو شرب الخمر)، لا ينعزلُ[(٥)] ويستحقّ[(٦)] العَزل، وإذا

---

(١) قوله: "كتاب" لما كان أكثر المنازعات تقع في الديون والبياعات أعقبهما بما يقطعها، والقضاء: بالمدّ ويقصر لغةً: الحكم، وشرعًا: فصل الخصومات وقطع المنازعات، وقيل غير ذلك، كما بسط في المطولات. (الدرّ المختار)

(٢) قوله: "أهل" لأن كلا منهما يثبت الولاية على الغير الشاهد يلزم الحاكم أن يحكم بشهادته، والحاكم الخصم لحكمه، فكانا من باب واحد، وليس المراد أن القضاء مبني على الشهادة ليلزم منه بناء القوي على الضعيف، وإنما المراد أنهما يرجعان في شيء واحد، وهو أن يكون حرًا مسلمًا بالغًا عاقلا عدلا؛ لأن حكمه مبني على حكمها، لكن أوصاف الشهادة أشهر عند الناس، فعرف أوصافه بأوصافها، وتمامه في "النهاية"، فلا تصح تولية كافر وصبي. (البحر)

(٣) قوله: "والفاسق" أي يصحان -أي الشهادة والقضاء- من الفاسق؛ لأن العدالة فيهما شرط الأولوية؛ لأن السلف أجازوا حكم من تغلب من الأمراء وجاز، ولو لا صحة لما فعلوا ذلك.

وفي "وسيط الغزالي": اجتماع هذه الشرائط من الاجتهاد، والعدالة وغيرهما متعذر في عصر يخلو عن المجتهد والعدل، فالوجه تنفيذ قضاء كل من ولاه سلطان ذو شوكة، وإن كان جاهلا فاسقًا، لكن ينبغي أنه لا يقلد الفاسق القضاء؛ لأن القضاء من باب الأمانة، والفاسق لا يؤتمن في أمر الدين لقلة مبالاته به، كما لا ينبغي قبول شهادته، فإن قبلها نفذ الحكم بها (شرح النقاية والبحر) قال الطائي: ويأثم مقلده -الفاسق- كقابل شهادته وبه يفتى.

(٤) قوله: "الرشوة" في الخانية الرشوة منها ما هو حرام من الجانبين، وذلك في موضعين، أحدهما إذا تقلد القضاء بالرشوة حرم على المعطي، والآخذ الثاني إذا دفع للرشوة إلى القاضي ليقضي له حرم من الجانبين، سواء كان القضاء بحق، أو بغير حق، ومنها ما هو حرام على الآخذ دون الدافع، وهو ما إذا دفع الرشوة خوفًا على نفسه وماله، فهذا حرام على الآخذ غير حرام على الدافع، وكذا إذا طمع في ماله فرشاة ببعض المال، ومنها إذا دفع الرشوة ليسوى أمره عند السلطان، حل له الدفع، ولا يحل للآخذ أن يأخذ. (الطحطاوي)

(٥) في ظاهر المذهب، وعليه مشايخنا، وهو الصحيح وعليه الفتوى.

أخذ القضاء بالرشوة لا يصير[١] قاضيا، والفاسق
يصلح مفتيا، وقيل: لا[٢]، ولا ينبغي[٣] أن يكون[٤] القاضي فظا
غليظا جبارا عنيدا، وينبغي أن يكون موثوقا به في عِفافه وعقله
وصلاحه وفهمه وعلمه بالسُّنة[٥] والآثار[٦]، ووُجوه[٧] الفقه
والاجتهادُ[٨] شرط الأولوية[٩]، والمفتي[١٠] ينبغي أن يكون

(أي أن يكون مفتيا — أي لا يصلح — شديدا غليظ القلب — غلظ الرجل اشتد، فهو غليظ — أي معتمدا عليه — أي في كفه عن المحارم — وعن الثلاثة شرط الجواز)

(٦) أي يجب على السلطان عزله؛ لأن المقلد اعتمد عدالته، فلم يكن راضيا دونها.

(١) قوله: "لا يصير" فلا تصح عقود وفسوخه، وقد لعن عليه الصلاة والسلام: الراشي والمرتشي والرائش أيضًا، وهو من يمشي بينهما، وتؤخذ الرشوة على يده، وينبغي أن تيشر قضاة هذا الزمان بهذا الوعيد، ولاسيما قضاة مصر، ومنهم من يتولى بالرشوة، فإذا عوتب عليه يدعى أنه إنما بذله صيانة للمنصب عن وقوعه في أبدي الجهال والفساق، والله لا يخفى عليه شيء... اهـ. (الطحطاوي)

(٢) قوله: "لا" وجه الأول أنه يحذر النسبة إلى الخطأ، ووجه الثاني أنه من أمور الدين وخبره غير مقبول في الديانات، ولم يرجح الشارحون أحدهما، وظاهر ما في التحرير أنه لا يحل استفتاءه اتفاقًا. (البحر)

(٣) لأن المقصود منه وهو إيصال الحقوق إلى أهلها لا يحصل به.

(٤) قوله: "أن يكون" ويكون شديدا من غير العنف لينًا من غير ضعف؛ لأن القضاء من أهم أمور المسلمين، فكل من كان أعرف وأقدر، وأوجه وأصبر على ما يصيبه من الناس كان أولى، وينبغي للسلطان أن يتفحص في ذلك، ويولي من هو أولى بقوله عليه الصلاة والسلام: «من قلّد إنسانًا عملا وفي رعيته من هو أولى فقد خان الله ورسوله وجماعة المسلمين». (البحر)

(٥) وهي قول النبي ﷺ وفعله.

(٦) التي وردت عن الصحابة والتابعين رضي الله عنهم.

(٧) أي الطريق التي يستنبط الفقه عنها، وللأصول التي تبنى عليها.

(٨) قوله: "الاجتهاد" هو لغةً: المجهود، أي الطاقة في تحصيل ذي كلفة وعرفا هو ذلك من الفقيه في تحصيل حكم شرعي ظني، قال في التلويح، ومعنى بذل الطاقة أن يحبس من نفسه العجز عن المزيد عليه، وشرط اجتهاد الإسلام والعقل والبلوغ، وكونه فقيه النفس، أي شديد الفهم بالطبع، وعمله باللغة العربية، وكونه حاريًا لكتاب الله تعالى بما يتعلق بالأحكام وعالمًا بالحديث متنًا وسندًا وناسخًا ومنسوخًا بالقياس، وهذه الشرائط إنما هي في حق المجتهد المطلق الذي يفتي في جميع

أي موثوقًا به في العفاف. كي لا يكون ذريعة إلى مباشرة الظلم　الظلم　أي لا يكره التقلد
هــكذا، وكره التقلّد(١) لمن خافَ الحيفَ وإن أمنه(٢) لا، ولا
القضاء بلسانه ولا يطلب بقلبه　هو الواضع كل شيء في موضعه　الظالم
يسأله(٣)، ويجوز(٤) تقلُّدَ القضاءِ من السلطان العادل والجائر،
أي ويجوز أيضًا من...إلخ　أحدًا لقضاء
ومن أهل البغي، فإن(٥) تقلّد يسألُ ديوانَ قاضٍ قَبْله وهو(٦)

الأحكام، وأما المجتهد في حكم دون حكم، فعليه معرفة ما يتعلق بذلك الحكم مثلا الاجتهاد في حكم متعلق بالصلاة لا يتوقف على معرفة جميع ما يتعلق بالنكاح، والمراد هنا الاجتهاد بالمعنى الأول. (الطحطاوي)

(٩) قوله: "شرط الأولوية" وهذا عندنا في الأصح، وهو ظاهر الرواية لا شرط الصحة، لما روى: "أن النبي ﷺ قلد عليًا قضاء اليمن حيث لم يبلغ حد الاجتهاد"، فقد روى أبو داود عن علي قال: "بعثني رسول الله ﷺ إلى اليمن قاضيًا، فقلت: يا رسول الله! ترسلني وأنا حديث السنّ ولا علم بي بالقضاء، فقال: إن الله سيهدي قلبك ويثبت لسانك، فإذا جلس بين يديك الخصمان، فلا تقضين حتى تسمع من الآخر، كما سمعت من الأول، فإنه أحرى أن تبين لك القضاء، قال: فما زلت قاضيًا أو ما شككت في قضاء بعد". (شرح النقاية مع زيادة)

(١٠) قوله: "المفتي" وهو عند الأصوليين المجتهد، أما من يحفظ أقوال المجتهد فليس بمفتٍ، وفتواه ليس بفتوى، بل هو نقل كلام بسطه ابن الهمام. (الدرّ المختار)

(١) التقلد بدون ياء، وفسر بقرون تقليد القضاء من السلطان، وهذه العبارة أولى مما وقع في بعض نسخ "الكنز" من التقليد، أي النصب من السلطان. (محمد إعزاز على غفر له)

(٢) قوله: "وإن أمنه" أي إن أمن الظلم لا يكره التقلد؛ لأن كبار الصحابة رضي الله عنهم والتابعين وعلماءهم تقلدوه، وكفى بهم قدرة. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ولا يسأله" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من طلب القضاء وكّل إلى نفسه ومن أجبر عليه تدل عليه ملك يسدده»، أخرجه أبو داود والترمذي وابن ماجه. (الكشف)

(٤) قوله: "ويجوز [الجواز مقيد بما إذا كان يمكنه من القضاء بالحق، أما إذا لم يمكنه فلا]" لأن الصحابة رضي الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية، والحق كان بيد علي رضي الله تعالى عنهما في نوبته والتابعين تقلدوه من الحجاج، وكان جائرًا أفسق أهل زمانه، هكذا قال أصحابنا، وفي "فتح القدير": وهذا تصريح بجوز معاوية، والمراد في خروجه لا في أقضيته، ثم إنما يتم إذا ثبت أنه ولي القضاة قبل تسليم الحسن رضي الله عنه له، وأما بعد تسليمه فلا، ويسمى ذلك العام عام الجماعة. (البحر)

(٥) قوله: "فإن" شروع فيما يفعله القاضي إذا تقلده، فإن كان في البلد ينبغي أن يقرأ المنشور على أهل البلد إن كتب له، وإن قدم من خارج ينبغي أن يقدم يوم الاثنين أو الخميس لابسًا عمامة سوداء، وينزل وسط البلد، ويقرأ عليهم منشوره، ولم أره صريحًا الآن، ثم رأيته في شرح أدب القضاء

بكسر السين والجيم وتشديد اللام من نصب الأوصياء والقيم في الأوقات

الخرائط التي فيها السجلات والمحاضر وغيرهما وينظر(١) في حال المحبُوسينَ، فمَن أقرّ بحقّ أو قامت عليه بيّنته ألزمه(٢)، وإلا(٣) ينادي(٤) القاضي عليه، وعمِل في الوَدَائع وغلاّت الوقف ببيّنةٍ

للخصاف، ثم يطلب ديوان القاضي السابق؛ لأنه إنما وضع للحاجة، فيجعل في من له ولاية القضاء؛ لأن القاضي يكتب نسختين أحدهما في يده لاحتمال الحاجة إليها، والأخرى في يد الخصم، وما في يده لا يؤمن عليه والديوان لغة جريدة الحساب، ثم أطلق على الحاسب، ثم أطلق على موضع الحاسب، وهو معرب، والأصل دودان، فأبدلت من إحدى المضعفين ياء بالتخفيف، ولهذا يرد في الجميع إلى أصله، فيقال: دوادين، والمراد هنا ما ذكره بقوله: وهو . . . إلخ . (البحر بحذف)

(٦) قوله: "وهو" الخرائطة، جمع خريطة مثل كريمة وكرائم، وهي شبه كيس يشرج من أديم، وخرق كذا في "المصباح"، وهذ مجاز؛ لأن الديوان نفس السجلات والحاضر لا الكيس، كما أفاده مسكين، والسجلات جمع سجل، وهو لغة كتاب القاضي، والمحاضر جمع محضر، وذكر العلامة حضر.

وفي "شرح الدرر والغرر": أن المحضر ما كتب فيه خصومة المتخاصمين عند القاضي، وما جرى بينهما من الإقرار من المدعى عليه، أو الإنكار فيه، والحكم بالبينة، أو النكول على وجه يرفع الاشتباه، وكذا السجل، وفي العرف الآن السجل ما كتبه الشاهدان في الواقعة، وبقي عند القاضي، وليس عليه خط القاضي. (البحر بحذف)

(١) أي القاضي الجديد ينظر في حالهم؛ لأنه نصب ناظرًا للمسلمين.

(٢) قوله: "ألزمه" لأن كلا منهما حجة ملزمة، وليس المراد بقوله: ألزمه الحكم عليه، وإنما المراد ألزمه الحبس، كما أشار إليه مسكين، أي أدام حبسه، ويصح أن يراد ألزمه بالحق، وإليه يشير تقريره في "فتح القدير"، والظاهر عنده ما قاله مسكين؛ لأن الثاني لا يطرد في كل إقرار؛ لأن المحبوس إذا أقر بسبب عقوبة خالصة، كالزنا وشرب الخمر، فقال: إني أقررت عند القاضي المعزول أربع مرات في الزنا، ولم يقم الحدّ عليّ، فإن القاضي لا يقيمه عليه؛ لأن ما كان منه في مجلس المعزول بطل، لكن يستقبل المولى الأمر، فإذا أقر حده، ثم بعد الحد يتأتى وينادي عليه، ثم يطلقه بكفيل بنفسه. (البحر)

(٣) قوله: "وإلا" أي من لم يثبت عليه شيء أمر مناديًا كل يوم في محلة وقت جلوسه من كان يطلب فلان بن فلان المحبوس بحق، فليحضر حتى تجمع بينه وبينه، فإن حضر واحد، وادعى وهو على إنكاره ابتداء الحكم بينهما، ولا يتأتى في ذلك أيامًا على حسب ما يرى القاضي، فإن لم يحضر أحد أخذ منه كفيلا بنفسه على الصحيح اتفاقًا. (البحر)

(٤) أي وإن لم يقر هو بشيء، ولم تقم عليه بيّنة، أو منادٍ لمن جهة القاضي.

لأن كلا منهما حجة أى إقرار ذى البدء أما غيره فلا يقبل إقراره القاضى فهى كأن يعترف الذى فى يده القاضى

أو إقرار، ولم يعمل(١) بقول المعزول إلا(٢) أن يقر ذو اليد أنـــه

أى فى الودائع وغلات الوقف القاضى

سلّمها إليه، فيقبل قوله فيها، ويقضى(٣) فى المسجد(٤) أو(٥)

القاضى هو ما يعطى لأجل المحبة يردها فلا يحضرها

داره، ويرد(٦) هدية إلا من قريبه(٧)، أو مِمّن جرت عادته بذلك

(١) قوله: "ولم يعمل" يعنى لو قال من فى يده المال لى، وقال المعزول: إنه مال وقف، أو يتيم لم يقبل قوله لما بينا أنه التحق بواحد من الرعايا، بخلاف القاضى؛ لأنه هو المخصوص بأن يكتفى بقوله فى الإلزام حتى الخليفة الذى قلد القضاء لو أخبر القاضى أنه شهد عنده لما لمشهود هكذا لا يقضى به حتى يشهد عنده الخليفة مع آخر، والواحد لا يقبل قوله.

(٢) قوله: "إلا" أى لا يقبل قوله إلا أن يعترف الذى فى يده أن القاضى سلمهما إليه، فيقبل قوله فيهما؛ لأنه ثبت إقراره أنه مودع القاضى، ويد المودع كيده، فصار كأنه فى يده فيقبل إقراره به. (الزيلعى)

(٣) لأن القضاء عبادة، فيجوز إقامتها فى المسجد كالصلاة.

(٤) قوله: "فى المسجد" وقال الشافعى يكره الجلوس فى المسجد للقضاء؛ لأنه يحضره المشرك، وهو نجس، والحائض وهى ممنوعة عن دخوله، ولنا أن النبى ﷺ قضى فى المسجد الجامع، وكذلك الصحابة والتابعون لما فى "الصحيحين" عن سهل بن معد فى قصة اللعان: أن رجلا قال: يا رسول الله ﷺ! رأيت رجلا وجد مع امرأته رجلا إلى أن قال: فتلاعنا فى المسجد، وأنا شاهد، لما أخرجه الجماعة إلا الترمذى عن كعب بن مالك أنه تقاضى ابن أبى حدرد ديناراً كان له عليه فى المسجد، فارتفعت أصواتهما حتى سمعهما رسول الله وهو فى بيته، فخرج إليهما حتى كشف سجف -بفتح السين وكسرها- الستر حجرته، فنادى يا كعب، قال: يا رسول الله، فأشار بيده أن ضع الشعر من دينك، قال كعب، قد فعلت يا رسول الله، قال: قم فاقضه ولى البخارى، ولا عن عمر عند منبر النبى ﷺ.

وقضى شريح والشعبى ويحيى بن يعمر فى المسجد، وقضى مردان على يد زيد بن ثابت باليمين عند المغير، وأخرج ابن سعد فى "الطبقات" عن ربيعة ابن أبى عبد الرحمن أنه رأى أبا بكر بن محمد بن عمرو ابن حزم يقضى فى المسجد عند القبر، وكان على القضاء بالمدينة فى ولاية عمر بن عبد العزيز، وأخرج أيضًا عن سعيد بن مسلم بن فانك قال: رأيت سعد بن إبراهيم بن عبد الرحمن بن عوف يقضى فى المسجد، وكان قد ولى قضاء المدينة، ونجاسة المشرك فى اعتقاده، فلا يمنع من دخوله، والحائض تخبر بحالها، فيخرج القاضى إليها، أو تبعث من يفصل بينها وبين خصمها، كما إذا كانت الخصومة فى دابة. (شرح النقاية بتغيّر)

(٥) قوله: "أو" أى أو يقضى فى داره ويأذن عمومًا؛ لأن العبادة لا تتقيد بمكان، والأولى أن تكون الدار فى وسط البلد كالمسجد. (الدرّ المختار والطحطاوى مع زيادة)

(٦) قوله: "ويرد" أى لا يقبل القاضى هدية أحد إلا من ذى الرحم المحرم، أو ممن جرت عادته

بفتح الدال الضيافة عند جمهور العرب

ودعـــــــــوة(١) خاصـةً، ويشـهد(٢) الجنازة، ويعود المريضَ

أي بين الخصمين من حيث الجلوس — أي لا يكلم سرًا

ويسوّى(٣) بينهما جلوسا وإقبالا(٤)، وليَتّق(٥) عن مسارة

بإهداء الهدية إليه قبل أن يكون قاضيًا، أما الرد فلما رواه البخارى عن أبى حميد الساعدى، قال: استعمل النبى ﷺ رجلا من الأزد، يقال له: ابن اللتبية على الصدقة، واسمه عبد الله، فلما قدم قال: هذا لكم وهذا أهدى إلى، فقال عليه الصلاة والسلام: هلاّ جلس فى بيت أبيه أو بيت أمه فينظر أ يُهدى إليه أم لا.

قال عمر بن عبد العزيز رضى الله عنه كانت الهدية على عهد رسول الله ﷺ هدية، واليوم رشوة فتعليله دليل على تحريم الهدية التى سببها الولاية، وأما قبول الهدية من ذى الرحم المحرم، فلصلة الرحم وردها قطيعة، وهى حرام، وأما قبولها ممن جرت عادته بذلك، فلأنها ليست لأجل القضاء، وإنما هى جرى على العادة، فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان ربما خصومة، أو زاد على العادة يرده؛ لأنه لأجل القضاء، والحاصل أن من له خصومة لا يقبلها مطلقًا، ومن لا خصومة له، فإن كان له عادة قبل القضاء قبل المعتاد وإلا فلا. (عز)

(٧) أراد به هو ذوالرحم المحرم، أى إلا أن له أن لا يردها من . . . إلخ.

(١) قوله: "ودعوة" أى ويرد إجابة دعوة خاصة وهى التى يتخذها صاحبها لولا حضور القاضى، ولو من محرم ومعتاد؛ لأنها جعلت لأجله، قيل: هى كالهدية. (الدر المختار والبحر)

(٢) قوله: "ويشهد" لأنهما من حقوق المسلمين قال عليه الصلاة والسلام: «للمسلم على المسلم ستة حقوق»، رواه مسلم، وعد منها هذين، وإنما يعوده بشرط أن لا خصومة له وإلا فلا. (الكشف بتغيّر والبحر)

(٣) قوله: "ويسوى" أى يجب على القاضى التسوية بين الخصمين للحديث إذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والنظر والإشارة، ولا يرفع صوته على أحد الخصمين دون الآخر، رواه إسحاق بن راهويه، وبمثله، رواه الدارقطنى؛ ولأن فى عدم التسوية مكسرة لقلب الآخر، فيجلسهما بين يديه، ولا يجلس واحدًا عن يمينه، والآخر عن يساره؛ لأن لليمين فضلا. (البحر)

(٤) أى من حيث الإقبال، فلا يقبل أحدهما دون الآخر.

(٥) قوله: "وليتق" أى وليجتنب عن هذه الأشياء؛ لأن فيها تهمة ومكسرة لقلب الآخر، وأما منعه من ضيافة أحدهما، فما رواه الحسن، فقال: جاء رجل، فنزل على رضى الله عنه، فأضافه فلما فرغ قال: إنى أريد أن أخاصم، قال له: تحول، فإن النبى ﷺ نهانا أن نضيف الخصم إلا ومعه خصمه، قيد بضيافة أحدهما؛ لأن له أن يضيفها معًا لما رويناه. (البحر بحذف)

قال العبد الضعيف: لو قال المصنف: وليتق عن المسارة لكان أولى، فإن تقييد المسارة بأحدهما يوهم أنه لو سارهما معًا لا بأس به، وفيه نظر ظاهر فإنه لا يخلو عن تهمة دريبة لكل واحد منهما. (عز)

إلى أحدهما
أحدهما وإشارته وتلقين(١) حجته وضيافته والمزاح(٢) وتلقين الشاهد.

في الحبس
فصل(٣)

أمر القاضي المدعى عليه — أي امتنع عن الدفع
وإذا ثبت الحق للمدعى أمره بدفع ما عليه فإن أبى

كدين النفقة وأرش الجناية
حبسه(٤) في الثمن والقرض والمهر المعجّل، وما التزمه

أي لا يحبسه القاضي في غير ما ذكر — المدّعى عليه — وهو المدعى
بالكفالة، لا(٥) في غيره إن ادعى الفقر إلا أن يُثبّت غريمه

---

(١) قوله: "وتلقين" أي ولا يلقن القاضي الشهادة بقوله: أتشهد بكذا وكذا؛ لأن فيه إعانة أحد الخصمين، واستحسنه أبو يوسف فيما لا تهمة فيه؛ لأن الشاهد قد يهاب مجلس القاضي فيحصر، فكان في تلقين الشاهد إحياءً للحق. (شرح النقاية)

(٢) مطلقًا معهما، أو مع أحدهما، أو مع غيرهما في مجلس الحكم؛ لأنه يذهب بمهابة القاضي.

(٣) قوله: "فصل" اعلم أن الحبس من أحكام القضاء إلا أنه لما اختص بأحكام كثيرة أفرده بفصل على حدة. (الطحطاوي بزيادة)

قال في "الدر": ويحبس المديون في كل دين هو بدل مال، أو ملتزم بعقد مثل الثمن، ولو لمنفعة كالأجرة، والقرض ولو لذمي والمهر المعجل، وما لزمه بكفالة، ولو بالدرك أو كفيل الكفيل، وإن كثروا؛ لأنه التزم بعقدة لمهر، وهذا هو المعتمد، وزاد القلانسي أنه يحبس أيضًا في كل عين يقدر على تسليمهما كالعين المغصوبة لا يحبس في غيره بحذف.

(٤) قوله: "حبسه" لأن الحبس جزاء المماطلة، فلا بد من ظهورها، وهذا إذا ثبت الحق بإقراره، إذ لم يعرف مطله في أول الوهلة، فلعله لم يستصحب المال لطعمه في الإمهال، أما إذا ثبت بالبينة يحبسه، كما ثبت لظهور مطله بالإنكار. (الكشف)

(٥) قوله: "لا" أي يحبسه في غير ما ذكرنا مما كان بدلا عن مال أو ملتزمًا بعقد إن ادعى أنه معسر؛ لأن الأصل في الآدمي العسرة والمدعى يدعي أمرًا عارضًا، وهو الغناء، فلم يقبل منه إلا ببينة، ويدخل تحت الغير تسع صور: بدل الخلع، وبدل عتق نصيب الشريك، وبدل المغصوب، ونفقة الزوجات، ونفقة الأقارب، وأرش الجنايات، وبدل دم العمد، وما تأخر من المهر بعد الدخول وبدل المتلفات. (البحر)

أى بأن له مالا — القاضى — أى عن المحبوس

غناه، فيحبسه بما رأى(١) ثم(٢) يسأل عنه، فإن لم يظهر له

أى أطلقه عن الحبس أى ولم يفرق بعد ما أخرجه (س م ز أف بع) هذا المديون — القاضى

مال خلاه(٣) ولم يحل(٤) بينه وبين غرماءه، ورد(٥) البينة

م ف د — القاضى

على إفلاسه قبل حبسه وبينةُ اليسار أحق(٦)، وأبد(٧) حبس

أى لا يحبس الوالد فى...إلخ

الموسر، ويحبس(٨) الرجلَ لنفقة زوجته، لا(٩) فى دين

(١) قوله: "بما رأى [القاضى، فيحبسه حتى يغلب على ظنه أنه لو كان له مال لأظهره، ولم يصبر على مقاساته]" أى لا تقدير لمدة حبسه، وإنما هو مفوض إلى رأى القاضى؛ لأنه للضجر والتسارع القضاء الدين وأحوال الناس فيه متفاوتة، وقدرة فى كتاب الكفالة بشهرين أو ثلاثة، فلو رأى القاضى إطلاقه بعد يوم، فظاهر كلامهم أن له ذلك. (البحر)

(٢) قوله: "ثم" أى القاضى عن المحبوس يسأل بعد ما حبسه قدر ما يراه، فإن قامت بينة على إعساره، أخرجه من الحبس، ولا يحتاج فيه إلى لفظ الشهادة والعدل لواحد يكفى فى هذا، والاثنان أحوط، وكيفيته أن يقول الشاهد أن حاله حال المعسرين فى نفقة وكسوته حالا حقيقةً، وقد اختبرنا حاله فى والسر والعلانية. (ز)

(٣) قوله: "خلاه" لأن عسرته ثبتت عنده فاستحق النظرة إلى الميسرة للآتية، فحبسه بعده يكون ظلمًا. (البحر)

(٤) قوله: "ولم يحل" أى لا يمنعهم من ملازمة عند الإمام، وقالا بالمنع عنها لكونه منظرًا بأنظار الله تعالى، وهى أقوى من أنظار العبد بالتأجيل، ومعه لا ملازمة، وله أنه منظر إلى قدرته على الإيفاء، وهو ممكن كل حين فيلازمونه كيلا يخفيه والدين حال بخلاف الأجل؛ لأنه لا مطالبة له قبل مضيه ولو كان المديون قادرا، فظهر الفرق وبطل القياس. (البحر)

(٥) قوله: "ورد" لأنها بيّنة نفى فلا تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس، وبعده تقبل على سبيل الاحتياط، لا على وجه الوجوب. (البحر)

(٦) قوله: "أحق" يعنى إذا قام المدعى البينة على اليسار، وأقام المدعى عليه على الإعسار كانت بينة اليسار أولى؛ لأن اليسار عارض، والبينة للإثبات. (الزيلعى)

(٧) لأنه جزاء الظلم، فإذا امتنع من إيفاء الحق مع القدرة عليه خلّده فى الحبس.

(٨) قوله: "ويحبس" لأنه ظالم بالامتناع عن الإنفاق، قيدنا بالامتناع لأنه لا يحبس فى النفقة الماضية؛ لأنهما تسقط بمعنى الزمان، وإن لم تسقط بأن حكم الحاكم بها، أو اصطلح الزوجان عليها، فلأنها ليست بدل عن مال، ولا لزمته بعقد، كذا ذكر الشارح، ومراده أن النفقة الواجبة المجتمعة داخلة تحت قوله: لا فى غيره، فلا يحبس عليها إن ادعى الفقر إلا أن تثبت المرأة يساره، فإذا ادعت المرأة بنفقة

قيّد به لأن للولد الحبس بدين أصله — أى امتنع الأب — أى على ولده

ولـــــده إلا(١) إذا أبى من الإنفاق عليه –والله أعلم–.

أراد به قوله : وقضى المرأة . . .إلخ

باب(٢) كتاب القاضى إلى القاضى وغيره(٣)

للحاجة إلى إحياء الحقوق — كل حق تحته بعض لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح

ويكتب(٤) القاضى(٥) إلى القاضى فى غير(٦) حـــــد

أو كسوة مقررة اجتمعت عليه، وقال: إنى فقير، فالقول له مع يمينه، ولا يحبس إذا حلف، فإن أقامت بينة على يساره وطلبت حبسه، حبسه القاضى. (البحر)

(٩) قوله: "لا" أى لا يحبس أصل فى دين فرعه؛ لأنه لا يستحق العقوبة بسبب ولده، ولذا القصاص عليه بقتله ولا يقتل مورثه ولا يحد بقذفه، ولا يقذف الميتة. (البحر)

(١) قوله: "إلا" يعنى لا يحبس بسبب الدين إلا إذا امتنع من الإنفاق عليه، فإنه حينئذٍ يحبس؛ لأن النفقة لحاجة الوقت، وهو بالمنع قصداً هلاكه، فيحبس لدفع الهلاك عنه، ألا ترى أن له أن يدفعه بقتله إذا شهر عليه السيف، ولم يمكنه دفعه إلا بالقتل ولادين النفقة يسقط بمضى الزمان، فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر المديون؛ لأنه لا تسقط بمضى الزمان، فلا يخاف فيها الفوات. (الزيلعى)

(٢) قوله: "باب" اعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء؛ لأنه إما نقل شهادة أو نقل حكم، وكل ذلك ليس منه، وإنما أورده فيه فإنه من عمل القضاة، فكان ذكره فيه أنسب. (الزيلعى)

(٣) إنّما أخّره عن الحبس لأنه لما كان لا يتحقق فى الوجود إلا بقاضيين كان مركبًا بالنسب إلى ما قبله والبسيط قبل المركب.

(٤) قوله: "ويكتب" وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز؛ لأن كتابه لا يكون أقوى من عبارته، فلو حضر بنفسه إلى القاضى المكتوب إليه، وعبّر بلسانه ما فى الكتاب لم يعمل به، فكتابه أولى؛ لأن الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط، وكذا الخاتم يشبه الخاتم، فكان أكثر احتمالا من البينة، وجه الاستحسان ما روى أن عليّا كرم الله وجهه أجاز لك لحاجة الناس إليه؛ لأنه قد يتعذر على الإنسان الجمع بين شهوده وخصمه. (الزيلعى)

(٥) إذا كان بينهما مسافة ثلاثة أيام على الظاهر، وجوّزه أبو يوسف إذا كان بحيث لا يعود فى يومه عليه الفتوى. (الطائى)

(٦) قوله: "فى غير" أى ولا يجوز كتاب القاضى إلى القاضى فى الحدود والقصاص؛ لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال؛ ولأن فيه شبهة البدلية، فصار كالشهادة على الشهادة؛ لأن مبناها على الإسقاط، وفى قبوله: سعى فى إثباتهما. (عز)

أي الشهود حاضر لوجود الحجة ولحضور الخصم
وقَوَد، فإن شهدوا على خصم حكم بالشهادة وكتب
بحكمه، وهو المدعو سجلا[١] وإلا[٢] لم يحكم، وكتب
أي هذا الكتاب منسوب إلى الحكم باعتبار ما يؤول إليه
الشهادة ليحكم المكتوب إليه بها، وهو الكتاب الحكمى وهو
القاضى الكاتب الشهادة وجوبًا. الكتاب أي عند الشهود
نقل[٣] الشهادة فى الحقيقة، وقرأ عليهم[٤] وختم[٥] عندهم
الكتاب بعد كتابة عنوانه الكتاب القاضى
وسلّم[٦] إليهم، فإن وصل إلى المكتوب إليه نظر إلى ختمه،
أي لم يقرأه أي الشهود العدول.
ولم يقبله[٧] بلا خصم وشهود، فإن شهدوا أنه[٨] كتاب

---

(١) قوله: "سجلا" أي كتاب الحكم يسمى سجلا، وإنما يكتب حتى لا تنسى الواقعة على طول الزمان، وليكون الكتاب مذكرًا لهما، وإلا فلا يحتاج إلى كتابة الحكم؛ لأنه قد تم بحضور الخصم بنفسه، أو من يقوم مقامه إلا إذا قدر أنه غاب بعد الحكم عليه، وجحد، فحينئذٍ يكتب له ليسلم إليه حقه، أو لينفذ حكمه. (الزيلعى)

(٢) أي إن لم يكن الخصم حاضرًا إلا تحكم؛ لأن الحكم على الغائب لا يجوز.

(٣) قوله: "نقل" لأن الكاتب لم يحكم بها، وإنما نقلها للمكتوب إليه ليحكم بها، ولهذا يحكم المكتوب إليه برأيه، وإن كان مخالفًا لرأي الكاتب بخلاف السجل، فإنه ليس له أن يخافه، وينقض حكمه. (البحر)

(٤) ليعرفوا ما فيه؛ لأنه لا شهاد بدون العلم.

(٥) أي على الشهود الذى يشهدهم عليه.

(٦) قوله: "وسلّم" لم يذكر العنوان، وهو من شرائطه، وهو أن يكتب فيه اسمه واسم أبيه وجده، وكذا المكتوب إليه، ويكتبه من داخل، فلو كان على الظاهر فيكتفى به، ويكتب فيه اسمه المدعي والمدعى عليه على وجه يقع التمييز بذكر جدهما، ويذكر الحق فيه، ويذكر الشهود إن شاء، وإن شاء اكتفى بذكر شهادتهم. (البحر)

(٧) قوله: "ولم يقبله" أي لا يقرأ إلا بحضوره لا مجرد قبوله، فإنه لا يتعلق به حكم، وهذا لأنه بمنزلة أداء الشهادة، فلا بد من حضوره، بخلاف سماع القاضى الكاتب، فإنه يسمع شهادة شهود المال بلا حضور الخصم؛ لأنه للنقل لا للحكم. (الكشف بتصرّف)

(٨) أي أن الكتاب الذى وصل إليه.

فلان القاضى سلّمه إلينا فى مجلس حكمه، وقرأه علينا

الكتاب أى ما فى الكتاب

وختمه فتح القاضى، وقرأه على الخصم، وألزمه[١] ما فيه،

المكتوب إليه القاضى وعزله (ف ك د)

ويبطل[٢] الكتاب بموت[٣] الكاتب، وعزله وبموت[٤] المكتوب

القاضى الأول إليه

إليه إلا إذا كتب بعد اسمه[٥]، وإلى كلّ مَنْ يصِل إليه من

لا يبطل الكتاب

قُضاة المسلمين لا[٦] بموت الخصم، وتقضى[٧] المرأة فى غير حدّ

أى قِصاص

وقودٍ.

---

(١) قوله: "وألزمه" يعنى إذا ثبت عدالتهم عنده بأن كان يعرفهم بالعدالة، أو وجد فى الكتاب عدالتهما، أو سأل من يعرفهم من الثقات، فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم، فلا يحكم به، ولا يلزم الخصم. (البحر)

(٢) قوله: "ويبطل" لأنه بمنزلة الشهادة على الشهادة، فبموت الأصل قبل أداء الفروع الشهادة تبطل شهادة الفروع فكذا هذا. (الطحطاوى)

(٣) قبل وصول الكتاب إلى الثانى، أو بعد وصوله قبل القراءة.

(٤) قوله: "وبموت" أى يبطل الكتاب بموت القاضى المكتوب إليه إلا إذا كتب إلى فلان القاضى، وإلى كل من يصل إليه من قضاة المسلمين، فحينئذٍ لا يبطل بموت القاضى المكتوب إليه، قيّد بقوله: بعد اسمه؛ لأنه لو عمم ابتداءً لم يجز أن يحكم به أحد، وأجازه أبو يوسف حين ابتلى بالقضاء، واختاره كثير من المشايخ تسهيلا للأمر، وفى "الخلاصة": وعليه عمل الناس اليوم. (الزيلعى والبحر)

(٥) أى بعد اسم القاضى المكتوب.

(٦) قوله: "لا" أى لا يبطل الكتاب بموت الخصم؛ لأن وارثه يقوم مقامه، أطلقه فشمل المدعى والمدعى عليه، وشمل ما إذا كان تاريخ الكتاب بعد موت المطلوب أو قبله؛ لأن وارث المطلوب والوصى قائم مقامه، كذ فى الخانية، قيّد بموت الخصم؛ لأن عدم حضرته عند القاضى الكاتب تبطل كتابته، فلا يحكم عليه بشهادة أولئك حتى يشهدوا عنده بحضرة الخصم. (البحر)

(٧) قوله: "وتقضى" أما قضاء المرأة فلأنها من أهل الشهادة فتكون من أهل القضاء، إذ كل منهما من باب الولاية، وقوله ﷺ: لا يفلح قوم ولّوا أمرهم امرأة يدل على نقصان حال ذلك القوم، لا على عدم الجواز توليتها، وأما فى غير حد وقود فلعدم جواز شهادتها فيهما. (محمد إعزاز على غفر له)

أى لا يجوز له الاستخلاف على القضاة — الخليفة — أى الاستخلاف
ولا يستخلف[١] قاضٍ إلا أن يُفوض إليه ذلك
حيث يجوز له أن يستخلف بلا تفويض — أى إلى القاضى
بخلاف المأمور بالجمعة، وإذا[٢] رُفع إليه حُكم
أى أمضى القاضى الآخر حكم القاضى الأول
قاضٍ قبله أمضاه إن لم يخالف الكتابَ والسنّةَ المشهورة
كجواز نكاح الجدة
والإجماع، ويُنفّذ[٣] القضاء بشهادة الزّور فى العقود

(١) قوله: "ولا يستخلف" أى ولا يستخلف قاضٍ قاضيًا؛ لأنه قلّد القضاء دون أن يقلّده لغيره؛ ولأن الإمام رضى بقضاءه دون غير إلا من فوّض إليه ذلك الاستخلاف، بخلاف المأمور بإقامة الجمعة، فإنه يجوز له الاستخلاف فيها، وإن لم يفوض إليه ذلك؛ لأنه لما فوّض إليه الجمعة مع علمه أن العوارض المانعة من إقامتها قد تعتريه، ولا يمكن انتظار إذن الإمام الأعظم لضيق الوقت كان الإذن بإقامتها إذنًا بالاستخلاف فيها دلالة. (شرح النقاية بتصرّف ما)

(٢) قوله: "وإذا" أى فإن عرض على قاضٍ آخر يمضيه، سواء كان على رأيه، أو على خلافه؛ لأن القضاء متى لا فى مجتهد فيه ينفذ، ولا ينفذ باجتهاد آخر؛ لأن اجتهاد الثانى كاجتهاد الأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، فلا ينقض بما دونه، وشرطه أن يكون القاضى عالـمًا باختلاف العلماء حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه، وهو لا يعلم بذلك، لا يجوز قضاءه عند عامتهم، ولا يمضيه الثانى، كذا فى "النهاية" عن "المحيط".

وقال شمس الأئمة: إنه ظاهر الرواية إلا فيما خالف الكتاب أى ظاهره، أو السنة المشهورة، أى ما قاربت المتواترة أو الإجماع، أى اتفاق الأئمة، فإنه لا ينفذ قضاءه، لا تنفيذ قاضٍ آخر له لأن يكون حكمًا بلا دليل، فيكون باطلا، ولا يعود بالتنفيذ صحيحًا فمخالف الكتاب كالحكم بحل متروك التسمية عمدًا، ومخالف السنة المشهورة كالحكم بحل المطلقة ثلاثة بمجرد عقد الزوج الثانى، ومخالف الإجماع كالحكم ببطلان قضاء القاضى فى المجتهدات.

والمراد بالإجماع ما ليس فيه خلاف يستند إلى دليل شرعى، والحكم بصحة نكاح المتعة، وبعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة وبعدم وقوع الطلاق على حبلى، أو حائض، أو قبل الدخول، وبيع أم الولد من هذا القبيل عند محمد، خلافًا لهما. (شرح نقاية)

(٣) قوله: "وينفّذ" اعلم أن هذه المسألة مما زلت فيه الأقدام، وتحيرت الأفهام، فها أنا أشرحها عليك بتوفيق الله تعالى: فاعلم أولا أن معنى المسألة أن القاضى إذا أقيمت عنده بينة كاذبة على دعوى حكم القاضى بها، يحل التصرف فيما بينه وبين الله تعالى للمدعى فى المدعى به، كما ادعت امرأة على أنه طلقها ثلاثًا، وأقامت على ذلك شهود زور، قضى القاضى بالفرقة، وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة، فعلى قول الإمام لا يحل للزوج الأول وطءها ظاهرًا وباطنًا، ويحل للزوج الثانى وطءها ظاهرًا وباطنًا علم بحقيقة الحال أن الزوج الأول لم يطلقها أو لم يعلم.

وثانيًا: أن لاخلاف فيما بينهم أن المدعى ارتكب كبيرة، ولم يقل أحد منهم أن فعله هذا لا يؤاخذ

والفسوخ ظاهراً وباطناً لا في الأملاك المرسَلَة، ولا يقضى(١)

به، أو هو مباح، وثالثا: أن لنفاذ قضاء القاضى ظاهراً أو باطنًا شرائط منها:

أن يكون المحل قابلا للحكم، فإن ادعى رجل على امرأة أنها منكوحة، والمرأة ذات زوج، أو معتدة، أو مرتدة، أو محرمة بمصاهرة، أو برضاع، لا ينفذ قضاءها ظاهراً أو باطنًا؛ لأن قضاء القاضى فى حكم إنشاء العقد، والمحل لا يقبل الإنشاء.

ومنها: أن يكون القاضى غير عالم بزورهم، فلو علم القاضى كذب الشهود لم ينفذ.

ومنها: أن لا يكون القضاء فى الأملاك المرسلة، أى المطلقة عن ذكر سبب الملك.

ومنها: حضور الشهود وقت القضاء فى صورة الزوج عند عامتهم؛ لأن إنشاء معنى فحكمه حكم حقيقة النكاح، ومن لم يشترطه قال: حكم الحاكم إنشاء مقتضى فى ضمن صحة القضاء، والثابت اقتضاء لا تراعى فيه شرائط.

ورابعًا: أن هذا عند الإمام وخالفه فيه صاحباه، ومالك والشافعي وأحمد، وقالوا: لا ينفذ القضاء بالزور إلا ظاهراً، وعليه الفتوى، لهم قوله تعالى: ﴿وَلا تَأْكُلُوا أَموَالَكُم بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ﴾ الآية، فقد نهى الله عن أكل مال الغير بالباطل محتجًا بحكم الحاكم، فهو تنصيص على أنه لا يحل له تناوله، وإن قضى القاضى، ويكون ذلك منه أكلا بالباطل، وقول رسول الله ﷺ: «أنا بشر وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم ألحن بحجته من بعض فأقضى له على نحو ما أسمع منه من قضيت له بشيء من حق أخيه فلا يأخذنه فإنما أقطع له قطعة من نار» متفق عليه.

له أن القضاء لقطع المنازعة والطلاق التصرف، وقد عهد نفوذ القضاء باطنًا فى الشرع، ألا ترى أن التفريق باللعان ينفذ باطنًا مع احتمال كذب الزوج، وعدم الطلاق، وكذا إذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضى بينهما البيع، فينفذ الفسخ باطنًا، حتى يحل للبائع وطء الجارية والمبيعة، فكذا فى باقى الفسوخ والعقود، وعدم النفاذ فى الحكم بنكاح منكوحة الغير، أو معتدته لفوات شرط الحكم، لا لزور الشهود، إذ شرط الحكم أن يكون فى محل قابل له، وإنما لم ينفذ باطنًا فى المدعى بلا سبب لأن فى أسباب الملك تزاحمًا، إذ الملك تارة تثبت بالشراء، وتارة بالإرث وغيره، وليس تعين بعض أولى من بعض، وإثبات الملك مطلقًا من غير سبب ليس فى وسع البشر، بخلاف المدعى بسبب معين كالبيع والشراء.

وأيضًا قضاء القاضى فى معنى الإنشاء، والإنشاء لا يقضى أن يكون له مخبراً عنه، فقضاء القاضى فى معنى إنشاء العقد، ودعوى الملك يقتضى أن يكون له محبراً عنه، وإيجاد الشيء فى الماضى فى وسع القاضى.

واحتج أبو حنيفة رحمه الله أيضًا بما رواه محمد أن رجلا ادعى على امرأة نكاحًا بين يدى على كرم الله وجهه، وأقام شاهدين فقضى على بالنكاح بينهما، فقالت المرأة إن لم يكن بد يا أمير المؤمنين فزوجنى منه، فإنه لا نكاح بيننا، فقال على: شاهداك زوجاك، فقد طلبت منه أن يعفها عن الزنا بأن يعقد النكاح بينهما، فلم يجبها إلى ذلك لو لم ينعقد بقضاءه لما امتنع من تجديده عند طلبها، ورغبة الزوج فيها. (الزيلعى)

ف ك د
على غائب إلا أن يحضر من يقوم[1] مقامه كالوكيل
بالنصب عطفًا على "يحضر"
والوصى، أو يكون ما يدّعى على الغائب سببًا لما يدّعيه على
دارًا مثلا
الحاضر، كمن ادّعى عينا فى يد غيره أنه اشتراه من فلان
أى يستحب له ذلك من ولى مؤتمن ندبًا
الغائب، ويقرض[2] القاضى مال اليتيم، ويكتب
أى لا يقرض الوصى والأب مال اليتيم
الصك لا الوصىّ والأب.

(١) قوله: "ولا يقضى [أى لا يصح القضاء على غير خصم حاضر، وكذلك لا يقضى له؛ لأن حضرة الخصم ليتحقق إنكاره شرط الصحة الحكم]" وقال الشافعى: يجوز لوجود الحجة وهى البينة، فظهر الحق، ولقوله عليه الصلاة والسلام: البيّنة على المدعى واليمين على من أنكر، فاشتراط الحضور زيادة عليه بلا دليل.

ولنا رواية أبو داود وغيره، وصححه وحسنه أنه عليه الصلاة والسلام قال لعلى رضى الله عنه حين استقضاه على اليمن: لا تقض لأحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر؛ ولأن لعل بالشهادة لقطع المنازعة، ولا منازعة دون الإنكار، ولم يوجد؛ ولأنه يحتمل الإقرار والإنكار من الخصم، فيشتبه وجه القضاء؛ لأن أحكامها مختلفة فالجارية المستحقة بالبينة يأخذها المستحق مع ولدها، بخلاف المقر بها. (الكشف مع زيادة)

(١) قوله: "من يقوم" اعلم أن من يقوم مقامه قد يكون بإنابة أو يكون بإنابة الشرع، كالوصى من جهة القاضى، وكلاهما ظاهر، وقد يكون حكمًا، وذلك بأن يكون ما يدعيه على الغائب سببًا لما يدعيه على الحاضر، وهو نوعان، أحدهما أن يكون ما يدعيه على الحاضر والغائب شيئًا واحدًا، مثل أن يدعيه دارًا فى يد إنسان، وأنكروا اليد، وادعى المنكر أنها ملكه، وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فلان الغائب، أو ادعى فى دار فى يد إنسان شفعة، لأن ذا اليد اشتراها من فلان، وقال ذو اليد: الدار دارى، ولم أشترها من أحد، فأقام المدعى البينة أنه اشتراها من فلان الغائب، تقبل بينته، ويثبت الحق على الغائب والحاضر، حتى إذ حضر الغائب لزمه، ولا يحتاج لإعادة البينة، وللثانى أن يكون ما يدعيه عليهما شيئين، مثل أن يدعى القاذف أنه عبد فلان، فيجب عليه أربعون، فأقام المقذوف البينة أن مولاه الغائب قد أعتقه، فيجب عليه ثمانون سوطًا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ويقرض" لأن القاضى يقدر على تحصيله من المستقرض، والوصى والأب لا يقدران على ذلك، فيضمنان بالإقراض لكونه تبرعًا ابتداء، ويستحب للقاضى الإقراض، ولا يجوز للأب والوصى، وإنما استحب منه لأن القاضى لكثرة اشتغاله لا يمكن أن يباشر الحفظ بنفسه، فلا بد له من الدفع لغيره، والدفع بالقرض أنظر لليتيم لكونه مضمونًا، والوديعة أمانة، ولا يقرض إلا من يعرفه بالأمانة والديانة، ويكتب عليه ذلك ليحفظ خوف النسيان بكثرة اشتغاله. (البحر)

باب(١) التحكيم(٢)

حكّما رجلا ليحكم بينهما، فحكم ببيّنة، أو إقرار، أو نكول في غير حدّ وقَوَد ودية على العاقلة صح(٣) لو صلح المحكَّم قاضيا، ولكل من المحكِّمين أن يرجع(٤) قبل حكم، فإن حكم لزمهما، وأمضى(٥) القاضي حكمَه إن وافق مذهبه وإلا(٦) أبطله، وبطل(٧) حكمُه لأبويه وولده وزوجته كحكم

(أي اثنان — يعني جعلا حكمًا معلومًا — من المدعى عليه — عن اليمين — حكمه — لأنه بمنزلة القاضي — واحد — بتشديد الكاف وكسرها — لصدور حكم من ولايته عليهما — لصدور حكم من ولايته عليهما — أي نفذ)

---

(١) أي في بيان أحكامه، لما كان من فروع القضاء، وكان أحطه رتبةً من القضاء أخّره.

(٢) قوله: "التحكيم" له معنيان: لغوي واصطلاحي، أما الأول يقال: حكمة الرجل تحكيمًا إذا منعته مما أراد، وأما في الاصطلاح: فهو تولية الخصمين حاكمًا يحكم بينهما، وركنه اللفظ الدال عليه مع قبول الآخر، فلو حكمًا رجلا فلم يقبل لا يجوز حكمه إلا بتجديد التحكيم، وشرطه من جهة المحكم بالكسر العقل لا الحرية، فتحكيم المكاتب والعبد المأذون صحيح، ولا يشترط الإسلام فيه، فتحكيم الذمي ذميًا صحيح، ومن جهة المحكم بالفتح صلاحيته للقضاء بكونه أهلا للشهادة، فلو حكم عبدًا لم يصح. (البحر ملخّصًا)

(٣) قوله: "صح" أما صحة حكمه إذا حكم المحكم ببينة من المدعى، أو إقرار، أو نكول من المدعى عليه، فلأنه حكم موافق للشرع، ولهما ولاية على أنفسهما، وأما عدم صحة حكمه في حدّ وقود، فلأنه لا ولاية لهما على دمهما، ولذا لا يملكان الإباحة، فلا يستباح برضاهما، وأما عدمهما في الدية على العاقلة فلأنه لا ولاية له عليهم، إذ لا تحكيم من جهتهم. (عز)

(٤) قوله: "أن يرجع" لأن متقلد من جهتهما، فكان لكل منهما عزله، وهو من الأمور الجائزة، فينفرد أحدهما بنقضه كالمضاربة والشركة والوكالة. (البحر)

(٥) قوله: "وأمضى" يعني إذا رفعا حكمه إليه، وتحاكما عنده نفذه إن وافق مذهبه؛ لأنه لا فائدة في نقضه، ثم إبرامه، ثم فائدة هذا الإمضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه إذا رفع إليه؛ لأن إمضاءه بمنزلة قضاءه ابتداء، ولم يمضه لنقضه. (الزيلعي)

(٦) قوله: "وإلا" أي إن لم يوافق مذهبه لم يمضه، وهو المراد بإبطاله؛ لأنه حكم لم يصدر عن ولاية عامة، فلم يلزم القاضي إذا خالف رأيه، فظاهر كلامهم أنه يجب إبطاله، أي عدم العمل

لهؤلاء حيث يصح

القاضى بخلاف حكمه عليهم.

مسائل شتّى (١)

أى صاحب العلو أى صاحب سفل س م بفتح أو الطاقة

لا يتد(٢) ذو سِفل فيه ولا ينقب كوة بلا رضى ذى العلو

حلقه لما قبلها أى طويلة أى تتفرع أى زائغة أخرى طويلة إلى سكة أخرى

زائغة(٣) مستطيلة تنشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح

بمقتضاه. (البحر)

(٧) قوله: "وبطل" أى إذا حكم المحكم لهؤلاء، أو حكم القاضى لهم يبطل؛ لأنه يتهم بحكمه لهم، وإذا حكم المحكم، أو القاضى على هؤلاء لا يبطل لعدم التهمة. (عز)

(١) قوله: "شتّى" أى متفرقات من كتاب القضاء جريًا على عادة المؤلفين جمع شتيت، كمرضى جمع مريض من أمر شت أى متفرق. (البحر)

(٢) قوله: "لا يتد [وتد الوتد يتده إذا ضربه من باب ضرب، أى لا يدقّ الوتد]" معناه إذا كان لرجل سفل، وللآخر علو، فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدًا، ولا ينقب فيه كوة، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: يصنع فيه ما لا يضره بالعلو، وعلى هذا الخلاف إذا أراد صاحب العلو أن يبنى على العلو بيتًا، أو يضع عليه جذوعًا، أو يحدث كفيفًا، قيل: ما حكى عنهما تفسير لقول أبى حنيفة رحمه الله على معنى أنه لا يمنع إلا ما فيه ضرر مثل ما قالا، وقيل فيه خلاف حقيقة، وهو أن الأصل عندهما الإباحة؛ لأنه تصرف فى ملكه، وهو مطلق له، والحرمة لعارض، وهو الضرر بلا غير، فما أشكل يبقى على أصل الإباحة، وعنده الأصل وهو الخطر؛ لأنه تصرف فى محل تعلق به حق الغير كالرهن، والعين المستأجرة والإطلاق لعارض، وهو عدم الضرر بيقين، فما أشكل يبقى على أصل الخطر، وهذه الأشياء من الشكل، فظهر فيهما ثمرة الخلاف، ولا خلاف فيما لا إشكال فيه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "زائغة [أى سكة من زاغت الشمس إذا مالت]" معناه سكة تطويلة يتشعب عنها سكة أخرى طويلة، وهى غير نافذة، وصورتها هكذا -هنا شكل بالخطوط-: سكة طويلة نافذة، فليس لأهل السكة الأولى أن يفتحوا بابًا إلى السكة الأخرى؛ لأن الباب يقْصد للمرور، ولا حق لهم فى الدخول فيهما لكونها غير نافذة، وإنما ذلك لأهلها على الخصوص، ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم، لا لأهل الأولى، فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه إليها، إذ لا يمكنهم المنع فى كل ساعة، ويخاف أن يسد بابه الأصلى، ويكتفى بالباب المفتوح، ويجعل داره من تلك السكة، فيمنع منه؛ لأنها ملكهم، فلا يشاركهم فيها غيرهم، بخلاف ما إذا كانت نافذة؛ لأن الاستطراق حق العامة، وهم من جملتهم، وقيل: لا يمنعون من فتح الباب؛ لأنه رفع جداره، وهو له أن ينقض كله، فأولى أن يكون له نقض البعض، والصحيح هو الأول لما ذكرنا. (الزيلعى بحذف وزيادة)

أى أهل الزائغة الأولى للمرور أى الزائغة المستديرة رجل

أهل الأولى فيه(١) بابا بخلاف(٢) المستديرة، ادعى داراً فى يد رجل أنه وهبها له فى وقتٍ كذا، فسأل البيّنة، فقال: جحدنيها فاشتريتُها، وبرهنَ على الشراء قبل الوقت الذى يدّعى فيه الهبة لا تقبل(٣)، وبعده(٤) تقبل(٥)، ومَن(٦) قال لآخر:

الآخر الشراء أى جاز للبائع

اشتريتَ منّى هذه الأمة، فأنكر للبائع أن يطأها إن ترك

مع الآخر دراهم أونبهرجة

الخصومة، ومن أقرّ(٧) بقبض عشرة، ثم ادّعى أنها زيوف

---

(١) أى فى الزائغة المتشعبة وتذكر الضمير باعتبار المثل.

(٢) قوله: "بخلاف" معناه لو كانت المشبعة مستديرة فلهم أن يفتحوا؛ لأن لكل منهم حق المرور فى كلها، إذ هى ساحة مشتركة غاية الأمر أن فيها إعوجاجًا، ولذا الكل يشتركون فى الشفعة إذا بيعت دار فيها، وهذه صورته. (البحر بزيادة)
(هنا شكل بالخطوط).

(٣) قوله: "لا تقبل" لظهور التناقض بين الدعوى والشهادة، إذ هو يدعى الشراء بعد الهبة، وهم يشهدون قبلها. (الكشف بتغيّر)

(٤) أى ولو برهن على الشراء بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة.

(٥) قوله: "تقبل" لوضوح التوفيق، إذ الشراء وجد بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة، فلا يكون متناقضًا، لا يقال: إنه متناقض؛ لأنه إذا ملك شيئًا بالهبة فى وقت لا يمكنه الشراء بعد ذلك الوقت؛ لأنا نقول: لمّا جحد الهبة ووافقه بترك الدعوى فقد انفسخت الهبة، فإن جميع العقود تنفسخ بالجحود، إذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح، فإنه لا يقبل الفسخ، أى بمجرد تراضيهما، كإقالة البيع بدون سبب عارض، فلا يرد الفسخ بخيار البلوغ والعتق؛ لأنه برضا أحدهما للعارض. (الكشف مع تصرّف)

(٦) قوله: "ومن" أى قال رجل لآخر: اشتريت منى هذه الجارية، فأنكر المخاطب الشراء، وترك المدعى الخصومة حلّ للمدعى وطء الجارية، وكان الظاهر أن لا يجوز لإقراره بما لغير وجه الجواز أن المشترى لما جحد الشراء كان جحوده للبيع فسخا من جهة، إذ الفسخ رفع العقد من الأصل، وبهذه المشابهة جهل الجحود مجازًا عن الفسخ؛ لما فى التنوير جحود ما عدا النكاح فسخ، فلو جحد أنه تزوجها، ثم ادعاه، وبرهن يقبل برهانه، بخلاف البيع. (المجمع وعز)

(٧) قوله: "ومن أقرّ" معناه إذا قال: قبضت منه عشرة دراهم، ثم ادعى أنها زيوف، صدق

صُدّق مع يمينه، ومن قال(١) لآخر: لك عليّ ألفٌ فرده، ثم صدّقه، فلا شيء عليه، ومن ادّعى(٢) على آخر مالا، فقال: ما كان لك عليّ شيءٌ قطّ، فبرهن المدّعى على ألف، وهو برهن على القضاء، أو الإبراء قبل(٣)، ولو زاد(٤) ولا أعرفك لا، ومن ادّعى على آخر أنه باعه أمته، فقال: لم أبعها منك

(المقرّ له — أى على المقر — الآخر وهو المدعى عليه — نافية — أي على أن له عليه ألف درهم — حال في المدعى عليه. — أى على أنه قضاء. — أى أو على أنه أبرأه — أى هذه الكلمة المدعى عليه — أى لا يقبل. — منه)

سواء، قال ذلك موصولا أو مفصولا؛ لأن اسم الدراهم يقع على الزيوف، كما يقع على الجياد والنبهرجة فالزيوف. (الزيلعي والبحر)

(١) وقوله: "ومن قال" يعني إذا أقر لغيره بألف درهم، فرده المقر له بأن قال: ما كان لي عليك شيء، أو قال: بل هو لك، أو لفلان، ثم صدقه، فقال: بل كان لي عليك في مكانه أو بعده، فلا شيء على المقر؛ لأن الإقرار هو الأول، وقد ارتد برد المقر له، والثاني دعوى، فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم، بخلاف ما إذا قال: اشتريت، وأنكر حيث يكون له أن يصدقه؛ لأن أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ، كما لا ينفرد بالعقد؛ لأن العقد حقهما، فبقي على حاله، فعمل فيه التصديق، أما المقر له، فينفرد برد الإقرار فافترقا. (الزيلعي)

(٢) قوله: "ومن ادعى" أي ادعى رجل على رجل ألف درهم، فقال المدعى عليه، ما كان لك عليّ شيء قط، فأقام المدعي البينة أن له عليه ألف درهم، وأقام المدعى عليه البينة أنه قضاه، أو أبرأه المدعي بقتل بينة المدعى عليه، وقال زفر: لا تقبل؛ لأن القضاء والإبراء يكون بعد الوجوب، وقد أنكره، فيكون مناقضًا.

ولنا أن التوفيق ممكن؛ لأن غير الحق قد يقضى، ويبرأ منه، ألا ترى أنه يقال: قضى بباطل وقد يصالح على شيء، فيثبت ظاهرًا، ثم يقضى، ألا ترى أنه لو ادعى القصاص على شخص فأنكر، فأقام المدعي البينة، وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على مال، تقبل بينته، وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق يقبل، فكذا هذا. (الزيلعي)

(٣) برهان المدعى عليه -أي بينته-.

(٤) قوله: "ولو زاد" أي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر، بأن قال: ما كان لك عليّ شيء قط، ولا أعرفك، لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء، أو الإبراء لتعذر التوفيق بين قوليه؛ لأنه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه، وذكر القدوري أنه يقبل أيضًا؛ لأن المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه، فيأمر بعض وكلاءه بإرضاءه بالدفع إليه، ولا يعرفه، فأمكن التوفيق بهذا الطريق. (الزيلعي)

المدعى منه المدعى المشترى دار أودها عليه أى أن المشترى

قط، فبرهن على الشراء، فوجد بها عيبا، فبرهن البائع أنه برئ

بها بينة البائع. كتاب فارسى معرب أهلك، والجمع صكاك وصكوك

إليه من كلّ عيب، لم تقبل(١) و(٢)يبطل(٣) الصكّ بإن شاء الله،

على ميراث زوجى

وإن مات ذمّى فقالت زوجته أسلمتُ بعد موته، وقالت الورثة

فلا ميراث لك لاختلاف الدين ولا نرث بفتح الدال

أسلمت قبل موته، فالقول لهم(٤)، وإن قال(٥) المودَع هذا ابن

بعد ما أقر الأول مودع الميت أى لرجل آخر

مودِعى لا وارث له غيره، دفع المال إليه، وإن قال لآخر(٦):

---

(١) قوله: "لم تقبل" لأن شرط البراءة تغير للعقد من اقتضاءه وصف السلامة إلى غيره، فيستدعى وجود البيع، وقد أنكره، فكان متناقضًا، وعن أبى يوسف رحمه الله تعالى أنها تقبل. (الكشف)

(٢) هذا الصنف بيت من أبيات المنظومة، وتمامه وابطلا آخره لا الجملة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ويبطل" أى يبطل مكتوب الشراء والإقرار ونحوهما إذا كتب فى آخره إن شاء الله تعالى، فيبطل البيع ونحوه لكون الاستثناء مبطلا أطلقه، فشمل ما إذا اشتمل على شىء واحد أو أشياء، وفى الثانى الاختلاف قال الإمام: إذا كتب بيع وإقرار وإجازة وغير ذلك، ثم كتب فى آخره إن شاء الله تعالى، بطل الكل قياسا أن الكل كشىء واحد بحكم العطف، وبطل الأخير عندهما فقط استحسانًا، لا تصرف الاستثناء إلى ما يليه؛ لأن الصك للاستيثاق، وكذا الأصل فى الكلام الاستيثاق. (البحر بحذف)

(٤) قوله: "لهم" وقال زفر: القول لهما؛ لأن الإسلام حادث، فيضاف إلى أقرب الأوقات، ولنا أن سبب الحرمان ثابت فى الحال، فيثبت فى الماضى تحكيمًا للحال، كما فى جريان ماء الطاحونة، وهذا ظاهر تعتبره للدفع، وهو يعتبره للاستحقاق. (الكشف)

(٥) قوله: "وإن قال" يعنى إذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة، فقال له المستودع: هذا ابن الميت لا وارث له غيره، فإنه يجب عليه دفع المال إليه لإقراره بأن ما فى يده ملك الوارث خلافة عن الميت، فصار كما إذا أقر أنه ملك المورث، وهو حى أصالة، بخلاف ما إذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض، أو أنه اشتراه منه، حيث لا يؤمر بالدفع إليه؛ لأن فيه إبطال حق المودع فى العين بإزالتها عن يده؛ لأن يد المودع كيد المالك، فلا يقبل إقراره عليه، ولا كذلك بعد موته، بخلاف الدين إذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع إليه؛ لأنه إقرار بخالص حقه إذا الديون تقضى بأمثالها، فيؤمر بالدفع إليه. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وإن قال لآخر" يعنى قال مودع الميت لرجل آخر بعد ما أقر للأول هذا أيضًا ابنه،

وأشار إلى شخص أي الابن الأول بالمال لا للآخر أي للابن الأول

هذا ابنه أيضًا، وكذّبه الأول، قضى للأول، ميراث قسّم بين

أي أصحاب المديون أي لا يؤخر منهم كفيل (س م)

الغرماء، لا يكفل[1] منهم، ولا من وارث ولو

شخص أي موروثة أي على ما ادعاه

ادّعى دارًا إرثًا لنفسه ولأخ غائب، وبرهن عليه أخذ[2]

بفتح العين وهو النصف الذى هو نصيب الحاضر

نصف المدعى فقط، ومن قال: مالى أو ما أملك، فهو

ف ز ف ك د على صيغة المجهول أى جعل وصيًا

للمساكين صدقةٌ، فهو[3] على مال الزكاة، ولو أوصى بثلثِ

ماله فهو على كلّ شيء، ومن أُوصِي إليه، ولم يعلم بالوصية،

وكذبه الابن الأول، قضى بالمال للابن الأول؛ لأن إقراره قد صحّ، والقطع يده عن المال، فيكون هذا إقرارًا على الغير، فلا يصح، كما إذا كان الأول ابنًا معروفًا لإنسان، ثم أقر بأن القاضي المعزول سلمه إليه، فإنه يضمن للقاضي على ما مرّ من قبل.

قلنا: هنا أيضًا يضمن نصيبه إذا دفع إلى المقر له الأول بغير قضاء القاضي. (الزيلعي)

(١) قوله: "لا يكفل" وهذا شيء احتاط به بعض القضاة، وهو ظلم، وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: يأخذ الكفيل منهم، أطلقه فشمل ما إذا ثبت الدين والإرث بالبينة أو بالإقرار، والخلاف في الأول، ولاخلاف في أخذه في الثاني، وهي واردة على إطلاقه، وشمل ما إذا قال الشهود: لا نعلم له وارثًا غيره، وهنا لا يؤخذ الكفيل اتفاقًا، وجه قولهما أن في التكفيل نظرًا للغائب على تقدير وجوده، وله أن وجود آخر موهوم، فلا يؤخر الثابت قطعًا له. (بر)

(٢) قوله: "أخذ" أي أخذ نصيب نفسه، وترك نصيب أخيه الغائب في يد ذي اليد، وهذا عند الإمام مطلقًا، وفصل الشيخان بين جحود ذي اليد فيؤخذ منه، ويجعل في يد أمين، وإلا ترك في يده بخيانته بجحوده، فلا نظر في ترك في يده، وله أن الحاضر ليس بخصم عن الغائب في الاستيفاء، وليس للقاضي التعرض بلا خصم، كما إذا رأى شيئًا في يد إنسان يعلم أنه لغيره، لا ينتزعه منه بلا خصم، وقد ارتفع جحوده بقضاء القاضي بالكل. (البحر)

(٣) قوله: "فهو" أي قوله هذا يقع على مال الزكاة استحسانًا، والقياس التصدق بما يمول، وبه قال زفر؛ لعموم اسم المال، كما في الوصية، وجه الاستحسان أن إيجاب العبد يعتبر بإيجاب الله تعالى (لأن حمله على العموم يخالف آية: ﴿وَلَا تَبْسُطْهَا كُلَّ الْبَسْطِ﴾) فينصرف إيجابه إلى ما أوجب الشارع في الصدقة، وأما الوصية فأخت الميراث؛ لأنها خلافته كهي، فلا يختص بمال دون مال. (الكشف والعيني)

فإنه لا ينفذ تصرفه، قيل: علمه بالوكالة

فهو وصىٌّ[١]، بخلاف الوكيل، ومن[٢] أعلمه بالوكالة صحّ

أي عزل الوكيل عن الوكالة أي بخبر عدل واحد

تصرُّفه ولا يثبت[٣] عزله إلا بعدل، أو مستورين كالإخبار

أي كالإخبار للشفيع والأمة المسلمة والشخص المسلم.

للسيِّد[٤] بجناية عبده، وللشفيع[٥] والبكر[٦] والمسلم[٧] الذى لم

(١) قوله: "وصى" حتى لو باع الوصى شيئًا من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع، ولو باع الوكيل قبل العلم بها لم يجز، والفرق أن الوصية خلافة، فلا تتوقف على العلم، كتصرف الوارث ملكًا وولايةً، حتى باع الجد مال ابن ابنه بعد موت الأب من غير بموته جاز، وأما الوكالة فإثبات ولاية التصرف فى ملكه لا استخلاف لبقاء ولاية الموكل. (البحر)

(٢) قوله: "ومن" أى إذا وكل رجلا وهو لا يعلم، فأعلمه واحد من الناس، كان وكيلا، وجاز تصرفه؛ لأنه معاملة لا إلزام فيه، وإنما هو إطلاق إطلاقه، فشمل ما إذا كان المخبر عدلا أو غير عدل، كبيرًا أو صغيرًا، فلا يشترط فيه إلا التمييز. (البحر والزيلعى)

(٣) قوله: "ولا يثبت" يعنى لا يثبت عزله عن الوكالة إلا بخبر عدل واحد أو اثنين غير عدل... إلخ، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا رحمهما الله: لا يشرط فى المخبر بهذه إلا التمييز؛ لأنها من المعاملات، فصار كالأخيار بالتوكيل على ما بينا.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن فى هذه الأشياء إلزامًا من وجه، فيشترط فيه أحد شطرى الشهادة، إما العدد أو العدالة، بيان الإلزام أن الوكيل يلزمه العهدة على تقدير أن يتصرف، ولا يلزمه شىء على تقدير عدم التصرف، وكذا الشفيع يلزم سقوط الشفعة على تقدير سكوته، وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شىء، وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح، وعلى تقدير الرد لا يلزمها، وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الأرش، وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه، ففى كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العدد والعدالة، كما فى المنازعات عند الحكام، وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة، فإذا كان فيه إلزام من وجه دون وجه يشترط فيه أحدهما، وأما المسلم الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر إلينا، فالأصح أنه يقبل فيه خبر الفاسق حتى تجب عليه الأحكام بخبره؛ لأن المخبر ﷺ لقوله عليه الصلاة والسلام: ألا فليبلّغ الحديث، وفى الرسول لا يشترط العدالة. (الزيلعى بحذف)

(٤) قوله: "للسيد" يعنى لو أخبر فاسق للسيد أن عبده جنى خطأ، فباع أو أعتق لا يصير مختارًا للفداء عنده، وعندهما يصير مختارًا. (المجمع)

(٥) قوله: "وللشفيع" يعنى الشفيع إذا سكت بعد ما أخبر فاسق بالبيع لا يكون تاركًا، كالشفعة عنده، وعندهما يكون. (المجمع)

(٦) قوله: "والبكر" يعنى إذا أخبر فاسقٌ البكرَ البالغ بالنكاح، فسكتت لا تصير راضيةً بالنكاح عنده خلافًا لهما. (المجمع)

لرجل أى لأجل ديونهم القاضى أو أمينه
يهاجر(١)، ولو باع(٢) القاضى، أو أمينه عبداً للغرماء، وأخذ
أى الثمن عند القاضى أو أمينه كل واحد منهما بالثمن
المال، فضاع واستحق(٣) العبد لم يضمن، ويرجع(٤)
أى مشترى العبد أى بيع العبد
المشترى على الغُرماء، وإن أمر(٥) القاضى الوصىَّ ببيعه
أى لأجل الغرماء العبد أى قبل قبض المشترى العبد من الوصى أى الثمن
لهم فاستحق، أو مات قبل القبض، وضاع المال رجع المشترى
أى الوصى يرجع على الغرماء
على الوصى، وهو على الغرماء، ولو قال قاضٍ عدلٌ عالمٌ:
أى بقطع يده فى السرقة فى حد
قضيتُ على هذا بالرجم، أو بالقطع، أو بالضرب، فافعله
عن القضاء
وَسَعك(٦) فعلُه، وإن قال قاضٍ عزل لرجل: أخذتُ منك ألفًا،

---

(٧) قوله: "والمسلم" أى من أسلم فى دار الحرب، فأخبر بالشرائع لا يؤاخذ عنده خلافًا لهما. (المجمع)

(١) أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر إلى دار الإسلام.

(٢) قوله: "ولو باع" صورته رجل مات وعليه ألف درهم للغرماء، وترك عبداً، فباع القاضى أو أمينه ذلك العبد لأداء ديون الغرماء، وأخذ ثمنه، فضاع هذا الثمن عند القاضى أو الأمين، واستحق العبد، وخرج من يد المشترى، لم يضمن القاضى أو أمينه الثمن للمشترى؛ لأن الأمين نائب عن القاضى، كالقاضى عن الإمام، ولا يضمن واحد منهم كيلا يتقاعد الناس عن قبول هذه الأمانة. (الكشف مع زيادة)

(٣) ونزع من يد المشترى قبل قضاء الدين.

(٤) لأن البيع بطلبهم، فيرجع عليهم إذا تعذر الرجوع على العاقد. (الكشف)

(٥) قوله: "وإن أمر" أى إذا أمر القاضى الوصى ببيع العبد لأرباب الديون، فاستحق العبد، أو مات قبل التسليم إلى المشترى، وضاع الثمن رجع المشترى على الوصى؛ لأنه عاقد نيابة عن الميت، وإن كان بإقامة القاضى عنه، فصار كما إذا باع بنفسه، ويرجع الوصى على الغرماء؛ لأنه عامل لهم، وإن ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه، قالوا: ويجوز أن يقال: يرجع بالذى غرمها أيضًا؛ لأنه لحقه فى أمر الميت. (الكشف مع زيادة)

(٦) قوله: "وسعك" أى إذا قال قاضٍ عادل عالم مخاطبًا لزيد مثلا: إنى قضيت على هذا الرجل، وأشار إلى الرجل بالرجم فى الزنا، أو قال: قضيت عليه بقطع يده فى السرقة، أو قال:

حقًا أى بالألف

ودفعته إلى زيد، قضيت به عليك، فقال الرجل: أخذته

أى بطريق الظلم — أى وكذا يكون القول للقاضى

ظلما، فالقول للقاضى[1]، وكذا لو قال: قضيت بقطع

أى وقال: المقتضى عليه بل قطعتها ظلمًا. — اسم كان — و فى المسألة الثانية — فى المسألة الأولى — خبر كان

يدك فى حق إذا كان المقطوع يده، والمأخوذ منه المال مقرا أنه

حالية — فى ذلك الوقت

فعله[2] وهو قاض.

قضيت عليه بالضرب فى حد، أو تعزير، وقال لزيد: ارجمه بالزنا، أو اقطعه، أو اضربه، وسع لزيد أن يفعل هذه الأفعال بأمر القاضى، ولا يلزم عليه شىء عند الله تعالى؛ لأن طاعة أولى الأمر واجبة بالآية الشريفة، وتصديقه طاعة له.

قيّد بعدالته وعلمه لتنتفى عنه التهمة، فإن كان عدلا جاهلا يستفسر فإن أحسن الشرائط وجب تصديقه، وإلا لا، وكذا إن كان فاسقًا إلا أن يغابن الحجة لاحتمال الخطأ أو الخيانة، ولا يمين على القاضى. (البحر ما زيادة)

(١) قوله: "للقاضى" لأنهما لما توافقا أنه فعل ذلك فى قضاءه كان الظاهر شاهدًا إذا القاضى لا يقضى بالجور ظاهرا، ولا يمين عليه؛ لأنه ثبت فعله فى قضاءه بالتصادق، ولا يمين على القاضى، وقيّد بإقراره أنه فعله وهو قاض؛ لأن المقطوع يده والمأخوذ ماله لو زعما أنه فعل قبل التقليد، أو بعد العزل، ففيه اختلاف، والأصح أن القول للقاضى؛ لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان، فصار كما إذا قال: طلقت، أو أعتقت، وأنا مجنون وجنونه معهود. (البحر بحذف)

(٢) أى فعل هذا الفعل المال فى المسألة الأولى ويقطع اليد فى الثانية.

هي لغةً: خبر قاطع

كتاب الشهادة[1]

شرعًا — معاينة. — بالكسر المعاينة فهو تأكيد — أي حدس.

هي[2] إخبار عن مشاهدة وعيان لا عن تخمين

بالكسر الظن — الشهادة أي أداءها — لأنه حقه — أي في أبواب الحدود

وحسبان، وتلزم[3] بطلب المدعي، وسترها في الحدود

من الإظهار — أي الشاهد — أي وشرط لبقية لها — أي لا يقول — أي لإثباته

أحب[4]، ويقول[5] في السرقة: أخذ، لا سرق، وشُرط للزنا

---

(١) أخّرها عن القضاء لأنها كالوسيلة وهو المقصود.

(٢) قوله: "هي" صرّح الشارح بأن هذا معناها اللغوي، وهو خلاف الظاهر، وإنما هو معناها الشرعي أيضًا، كما أفاده في إيضاح الاصلاح، وأورد على هذا التعريف الشهادة بالتسامع، فإنها لم تكن عن مشاهدة، وأجاب في الإيضاح بأن جوازها إنما هو للاستحسان، والتعريفات الشرعية إنما تكون على دفتي القياس، ولكونها إخبارًا عن معاينة. (البحر ملخّصًا)

(٣) قوله: "وتلزم" أي ويلزم أداءها الشاهد إذا طلبه المدعي، فيحرم كتمامها لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ وَمَن يَكْتُمْهَا فَإِنَّهُ آثِمٌ قَلْبُهُ﴾ فهو نهي عن الكتمان، فيكون أمرا بضده، حيث كان له ضد واحد، وهو آكد من الأمر بأداءها، ولذا أسند الإثم إلى رأس الأعضاء، وهو الآلة التي وقع بها أداءها لما عرف أن إسناد العقل إلى محله أقوى من الإسناد إلى كله، فقوله: أبصرته بعيني آكد من قوله أبصرته. (البحر)

(٤) قوله: "أحب" إن قيل حكم استحباب الستر في الحدود يخالف ظاهر قوله تعالى: ﴿وَلَا تَكْتُمُوا الشَّهَادَةَ﴾ فإنه لم يفصل بين قضية دون قضية، قلت: الأخبار الواردة في الستر بلغت مبلغ الشهرة لتعدد متونها، فصلح مخصصا لعموم الآية (عز)

(٥) قوله: "ويقول" أي ويقول الشاهد في السرقة: أخذ إحياءً لحق المسروق له، ولا يقول: سرق محافظةً على الستر؛ لأن الشهادة بالمال واجب إن طلب المدعي، والستر في الحدود أفضل، وفي قوله: أخذ مراعاة الأمرين.

حكى الفخر الرازي في التفسير أن هارون الرشيد كان مع جماعة الفقهاء، وفيهم أبو يوسف، فادعى رجل على آخر بأنه أخذ ماله من بيته، فأقر بالأخذ، فسأل الفقهاء، فأفتوا بقطع يده، فقال أبو يوسف: لا؛ لأنه لم يقر بالسرقة، وإنما أقر بالأخذ، فادعى المدعي أنه سرق، فأقر بهما، فأفتوا بالقطع، وخالفهم أبو يوسف، فقالوا له: لم قال؟ لأنه لما أقر أولا بالأخذ وثبت الضمان عليه وسقط القطع، فلا يقبل إقراره بعده بما يسقط الضمان عنه، فعجبوا. (شرح النقاية مع زيادة والبحر)

وهى حد القذف وحد الشرب وحد السرقة
أربعة[١] رجال ولبقية[٢] الحدود والقصاص رجلان،
أى وشرط للولادة...إلخ — مرفوع على أنه فاعل لا يطلع
وللولادة[٣] والبكارة وعيوب النساء فيما[٤] لا يطّلع عليه رجل
ف ك — أى وشرط لغيرها...إلخ — ف ك — أى وشرط للكل
امرأة ولغيرها رجلان[٥]، أو رجلٌ وامرأتان، وللكل[٦] لفظُ
على صيغة المجهول أى يسأل القاضى — أى فى سرّ — أى وفى علانية
الشهادة والعدالة[٧]، ويسأل[٨] عن الشهود سراً وعلانيا فى

---

(١) قوله: "أربعة رجال" فلا يقبل فيه شهادة النساء، لقوله تعالى: ﴿لَوْلا جَاءُوْا عَلَيْهِ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَاء﴾ وقوله: ﴿ثُمّ لَمْ يَأْتُوا بِأَرْبَعَةٍ﴾ وقوله: ﴿وَاللاتِيْ يَأْتِيْنَ الْفَاحِشَةَ مِن نِّسَائِكُمْ فَاسْتَشْهِدُوْا عَلَيْهِنّ أَرْبَعَةً مِّنكُمْ﴾، والتاء لا يدخل على العدد، وإلا إذا كان معدوده مذكراً.

وأورد أنكم لا تقولون بالمفهوم، فمن أين لكم عدم جواز الأقل؟ فأجاب الزيلعى: بأنه بالإجماع، وأورد المعارضة بين هذه وبين قوله: فاستشهدوا شهيدين الآية، وأجاب فى "فتح القدير" بأنها مبيحة، وتلك مانعة والتقديم للمانع، وعن عطاء وحماد لو شهد ثلاثة رجال وامرأتان فى الزنا قبله لإطلاق قوله تعالى: ﴿أَرْبَعَةٌ مِّنكُمْ﴾.

ولنا ما روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن حفص عن حجاج عن الزهرى أنه قال: مضت السنة من رسول الله ﷺ والخليفتين من بعده أنه لا يجوز شهادة النساء فى الحدود. (شرح النقاية والبحر)

(٢) قوله: "ولبقية" أى وشرط لها شهادة رجلين لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوْا شَهِيْدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ مع ما روينا عن الزهرى، وقال الحسن البصرى: لا يقبل فى القتل إلا أربعة كالزنا. (البحر وشرح النقاية)

(٣) قوله: "وللولادة" يعنى يشترط لثبوت هذه الأشياء شهادة امرأة، والأصل فى ذلك قوله تعالى: ﴿ويحل لهن أن يكتمن ما خلق الله فى أرحامهن﴾ وقال الشافعى يشترط الأربع، وهو قول عطاء؛ لأن كل امرأتين مقام رجل واحد، والحجة شهادة رجلين لا رجل واحد، وقال مالك: يشترط اثنتان وهو قول الثورى؛ لأنه لما سقط اعتبار الذكورة بقى العدد معتبراً.

ولنا ما رواه مجاهد وسعيد بن المسيب وابن جبير وعطاء وطاوس عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال: شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر إليه، وما روى عبد الرزاق فى "مصنفه" عن ابن جريج وعن الزهرى أنه قال: مضت السنة أن يجوز الشهادة للنساء فيما لا يطلع عليه غيرهنّ من ولادات النساء وعيوبهنّ، ووجه الدلالة أن النساء جمع محلى باللام من غير عهد، فيكون للجنس فيصدق بالأقل، كما فى قوله تعالى: ﴿لا يَحِلّ لَكَ النِّسَاءُ مِنْ بَعْدُ﴾ فيتناول الأقل. (شرح النقاية والزيلعى)

(٤) قوله: "فيما" بيان للواقع إن أريد بعيوب النساء العيوب المختصة بالنساء، كالرتق والقرن فى الفرج، أو احتراز عن نحو القروح، والكسر فى ساق الجارية مثلا إن أريد بها مطلق العيوب القائمة

بالنساء. (الكشف)

(٥) قوله: "رجلان" أي يشترط لغير الحدود والقصاص، وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين، أو رجل وامرأتين، سواء كان الحق مالا، أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية، ونحو ذلك مما ليس بمال، وقال الشافعي وأحمد ومالك في رواية لا تقبل شهادة النساء مع الرجال إلا في الأموال وتوابعها، كالإجارة والكفالة وشرط الخيار، وكذا يكفي في النكاح ونحوه رجل وامرأتان عندنا، ومنع مالك والشافعي انعقاده بحضرة رجل وامرأتين، ولنا ما روى أن عمر وعليّا أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة. (والزيلعي وشرح النقاية)

(٦) قوله: "وللكل" أي يشترط بجميع مراتب الشهادة أربع مراتب على ما بينا لفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل حتى لو قال الشاهد: أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادة؛ لأن النصوص نطقت باشتراطه، إذ الأمر فيها بهذه اللفظة؛ ولأن فيها زيادة توكيد، فإن قوله: أشهد من ألفاظ اليمين، فالامتناع عن الكذب بهذا الفظ أشد. (الكشف والزيلعي)

(٧) أي وشرط للكل أيضًا العدالة لأنها هي المعينة للصدق.

(٨) قوله: "ويسأل" أي ويسأل القاضي عن حال الشاهد عند أبي يوسف ومحمد مطلقًا، أي في سائر الحقوق والدعاوى، سواء طعن الخصم أو لم يطعن، وبه يفتى لكثر الفساد في هذا الزمان بين العباد، وهو قول الشافعي وأحمد، وقال مالك: يجب عليه السؤال إذا شك، وإن سكت الخصم إلا أن يقر بعدالتهما؛ لأن القضاء مبني على الحجة، وهي شهادة العدول.
وقال أبوحنيفة: يقتصر الحاكم على ظاهر العدالة في المسلم، ولا يسأل عنه حتى يطعن الخصم إلا في الحدود والقصاص؛ لأنهما يدرأن بالشبهة، ويحتاط لإسقاطهما، فيستشقي في كل منهما ابتداء من غير طعن من خصم، رجاء أن يسقط.
ولما روى ابن أبي شيبة في "مصنفه" عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال: قال رسول الله ﷺ: «المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودًا في قذف»، وفي نسخة: إلا في فرية، ومثله عن عمر رضي الله عنه، وهذا من صاحب الشرع تعديل أقوى من تعديل المزكي.
وقيل هذا اختلاف عصر وزمان؛ لأن أبا حنيفة كان في القرن الثاني، وقد شهد رسول الله ﷺ لأهله بالخير والصلاح، حيث قال: خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم، وأبو يوسف ومحمد كانا بعده، وقد تغير أحوال الناس، وكثرت الخيانات، والكذب في الشهادات، كما أخبر عنهم ﷺ أنه يفشوا الكذب فيهم.
وكفى السؤال سرّا في زماننا تحرزًا عن الفتنة، وكيفيته أن يبعث القاضي مع العدل المستورة وهي رقعة بها اسم الشاهد ونسبه ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه إن كان سوقيّا، يسأل جيرانه وأصدقاءه فمن عرف العدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي أنه عدل جائز الشهادة، ومن عرفه بالفسق لا يذكر حاله احترازا عن الهتك، بل يقول: الله أعلم إلا إذا عدله غيره، وخاف أن يحكم القاضي بشهادته، فحينئذٍ يصرح بحاله ومن لا يعرف حاله يكتب تحت اسمه أنه مستور، ويرد العدلُ المستورة إلى القاضي سرّا وتزكية العلانية أن يجمع القاضي بين المزكي والشهود في مجلس القضاء،

سائر الحقوق وتعديل[١] الخصم لا يصح، والواحد يكفى[٢] م ف ك د للتزكية[٣] والرسالة[٤] والترجمة[٥] أى وللإنسان، وله[٦] أن يشهد بما سمع، من الأقوال أو رأى من الأفعال ولو بالتعاطى كالبيع والإقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وإن لم يُشهد[٧] عليه، ولا يشهد[٨] أى على ما صدر من القول أو الفعل على شهادة غيره ما لم يُشهَد

فيسأل المزكى عن الشهود بحضرتهم، وإن كانت التزكية فى عهد رسول الله ﷺ وأصحابه علانية؛ لأن لا عدل كان لا يتوقى عن الجرح، ولا يخاف من المدعى، ولا من الشهود؛ لأنهم كانوا منقادين للحق، ولا يقابلونه بالأذى، ولو جرحهم ووقع الاكتفاء بتزكية السر فى زماننا وترك تزكية العلانية لأنها بلاء وفتنة، إذ الشهود والمدعى يقابلون الجارح بالأذى والإصرار. (شرح النقاية)

(١) قوله: "وتعديل" أى تزكية المدعى عليه الشاهد بقوله: هو عدل غير مقبولة؛ لأن فى زعم المدعى وشهوده أن الخصم كاذب فى إنكاره، مبطل فى إصراره، فلا يصلح معدولا، وموضوع المسألة إذا قال: هم عدول إلا أنهم أخطأوا، أو نسوا، أما إذا قال: صدقوا وهم عدول صدقة، فقد اعترف بالحق. (البحر)

(٢) قوله: "يكفى" وقال محمد: لا بد من اثنين فى الكل؛ لأنهما فى معنى الشهادة؛ لأن ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة، وهو بالتزكية، فيشترط فيه العدد، كما تشترط العدالة فيه، ولهما أنها ليست فى معنى الشهادة، ولذا لا يشترط فيها لفظة الشهاد ولا مجلس القضاء، واشتراط العدد فى الشهادة على خلاف القياس، فلا يتعداها. (الكشف)

(٣) أى لتزكية الشاهد، أى تزكية السر، أما تزكية العلانية فشهادة إجماعًا.

(٤) أى المزكّى، أراد بها رسول القاضى لا المزكى.

(٥) عن الشاهد، أراد به الترجم عن الشهود.

(٦) قوله: "وله" أى يجوز له إن لم يشهد فى كل ما يتم بنفسه إذا عاين السبب كالبيع إلى آخر ما ذكروا إن لم يشهد عليه، بل يجب عليه إذا ادعى إليه؛ لما تلونا وروينا، وهذا لأنه علم ما هو الموجب بنفسه، وهو الشرط، وقوله: كالبيع مثال لهما؛ فإنه إن عقداه بإيجاب وقبول كان من المسموع، وإن بالتعاطى فهو من المرئيات. (الزيلعى والبحر)

(٧) من الأفعال المبنى للمفعول، أى وإن لم يشهده أحد من أصحاب تلك العقود والحقوق والحاكم.

(٨) قوله: "ولا يشهد" لأنها لا تصير حجة إلا بالنقل إلى مجلس القاضى، ولذا لا بد من عدالة الأصول، فلا يملك غيره أن يجعل كلامه حجة بلا أمره، فلا بد من التحميل، وأفاد أنه لو سمعه يشهد

أى راوى الحديث يرجع إلى الكل
عليه، ولا يعمل[1] شاهدٌ وقاضٍ و راوٍ بالخط إن لم يتذكروا،
أحد لما تلوناه آنفا بابن فلان ابن فلان بأن فلانًا قد مات
ولا يشهد بما لم يعاينه إلا[2] النسب والموت
بأن فلانًا تزوج فلانة بأن فلانًا تزوج فلانة ودخل بها. بأن فلانًا قد تولى القضاء من جهة فلان
والنكاح والدخول وولاية القاضى وأصل
بأن فلانًا وقف هذه الضيعة مثلا أى بهذه الأشياء الستة أى بهذه الأشياء
الوقف[3]، فله أن يشهد بها إذا أخبره[4] بها من يثق به،

آخر على شهادته لا يسعه أن يشهد؛ لأنه إنما حمل غيره.

وفى "فتح القدير": وهذا الإطلاق يقتضى أنه لو سمعت يشهد فى مجلس القاضى حل له أن يشهد على شهادة؛ لأنها حينئذٍ ملزمة... اهـ، وفيه نظر؛ لأنهما لا تكون ملزمة إلا بالقضاء، ولم يوجد. (البحر)

(١) قوله: "ولا يعمل" أى لا يحل للشاهد أن يشهد حتى يتذكر الشهادة، ولا للقاضى إذا وجد فى ديوانه مكتوبًا شهادة شهود ولا يحفظ أنهم شهدوا بذلك أو قضية قضاها أن يحكم بتلك الشهادة، ولا أن يمضى تلك القضية ولا للراوى إذا وجد مكتوبًا بخطه أو بخط غيره، وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروى حتى يتذكر الشهادة أو القضية، أو الرواية، وهذا على إطلاقه قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى، ووجهه قوله تعالى: ﴿إلا مَنْ شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُمْ يَعْلَمُوْنَ﴾ ولقوله عليه الصلاة والسلام: إذا علمت مثل الشمس فاشهد، شرط أن يكون عالمًا، ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة.

وقال محمد رحمه الله: يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب إن تيقن به، وإن لم يتذكر الواقعة توسعة للأمر على الناس.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يجوز للراوى أن يعمل يحكم بالشهادة، وأن يمضى القضاء بذلك، وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه مالم يتذكر الشهادة؛ لأن القاضى لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة، ولهذا يكتب كل حادثة، فلو لم يكتف بما يجده فى قمطره لتعطل أحوال الناس. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "إلا" والقياس أن لا تجوز الشهادة بالتسامع فى المسائل المذكورة أيضًا روينا للاستحسان من هذه الأمور تختص لمعاينة أصحابها، وهم خواص الناس، وتتعلق بها الأحكام، فلو لم تقبل الشهادة فيها بالتسامع لتعطلت أحكامها، بخلاف البيع ونحوه. (المجمع)

(٣) قوله: "أصل الوقف" احتراز عن شرائطه.

(٤) قوله: "أخبره" يدل على أن لفظة الشهادة ليست بشرط فى الكل، وأما الذى يشهد عند القاضى فلا بد من لفظها. (المجمع)

أى الشاهد أى شيء كان من النقود والعروض والعقار ذكر كان أو أنثى أى لمن في يده
ومن فى يده[١] شيء سوى[٢] الرقيق لك أن تَشهد أنه لـه،
الشاهد فى موضع يجوز بالتسامع يعنى برؤيته فى يده
وإن[٣] فسّر للقاضى أنه يشهد بالتسامع، أو بمعاينة اليد
لاتقبل[٤]، ومن شهدَ أنّه حضر دفن فلانٍ، أو صلّى على
لموت فلان ذلك أى تفسيره
جنازته فهو معاينة، حتى لو فسر للقاضى قبل.

---

(١) قوله: "لا" لأن اليد أقصى ما يستدل به على الملك، إذ هى مرجع الدلالة فى الأسباب كلها، فينبغى بهما، وعن أبى يوسف: أنه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه أنه له، قالوا: ويحتمل أن يكون هذا تفسيراً لإطلاق محمد فى الرواية.

قال فى "فتح القدير": قال الصدر الشهيد: وبه نأخذ، فهو قولهم جميعًا. . . اهـ، فلو رأى درة فى يد كناس أو كتابًا فى يد جاهل لا يشهد بالملك له بمجرد يده. (البحر)

(٢) قوله: "سوى" استثنى المصنف الرقيق أى العبد والأمة وهو مقيد بما إذا كانا كبيرين؛ لأن لهما يدًا على أنفسهما تدفع يد الغير عنهما، فانعدم دليل الملك، وإن كانا صغيرين لا يعبران عن أنفسهما كالمتاع لا يد لهما، فله أن يشهد بالملك لذى اليد. (البحر بحذف)

(٣) قوله: "وإن" أى فسر للقاضى أنه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز له الشهادة بالتسامع إذا فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته فى يده فى موضع يجوز له الشهادة برؤيته فى يده؛ لأنه قد أقر أنه شهد بغير علم. (الزيلعى وشرح النقاية)

(٤) إلا فى صورة الموت والواقف، فتقبل على الأصحّ إذا أسند إلى من يثق.

لأنه لم يشهد إلا بما علم، فوجب قبولها

باب[١] من تقبل[٢] شهادته ومن لا تقبل

كان بصيراً وقت التحمل أولا ز ف د

ولا تقبل شهادة الأعمى[٣] والمملوك[٤] والصبي إلا[٥] أن

الشهادة | يرجع إلى الصبي | الشهادة | في المملوك | أي ولا تقبل أيضاً شهادة المحدود

يتحملا في الرقّ والصغر وأديا بعد الحرية والبلوغ والمحدود[٦]

---

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان تسمع فيه الشهادة، وما لا تسمع، شرع في بيان من تسمع منه الشهادة، ومن لا تسمع، وقدم ذلك على هذا لأنه محال الشهادة، والمحال مشروط، والشرط مقدمة على المشروط، كما في "العناية": لكن المشروط هو الشهادة، لا من تسمع منه الشهادة -تأمل-. (المجمع)

(٢) قوله: "تقبل" المراد من يجب قبول شهادته على القاضي، ومن لا يجب لا من يصح قبولها ومن لا يصح؛ لأن من جملة ما ذكره ممن لا يقبل شهادة الفاسق، وهو لو قضى بشهادته صح. (المجمع)

(٣) قوله: "الأعمى" وقال زفر: يجوز فيما يجري فيه التسامع، وقال أبو يوسف والشافعي: يجوز إن كان بصيراً وقت التحمل، ولأبي حنيفة أن الأداء يفتقر إلى التعيين بالإشارة بين المشهود له والمشهود عليه، ولا يميز الأعمى إلا بالنغمة، وفيه شبهة يمكن التحرز عنهما بجنس الشهود، بخلاف شهادة نحو القابلة على نحو الولادة. (الكشف مع تصرّف)

(٤) قوله: "والمملوك والصبي" لأن الشهادة من باب الولاية، ولا ولاية لهذين على أنفسهما، فالأولى أن لا يكون لهما على غيرهما ولاية. (عز)

(٥) قوله: "إلا" لأنهما أهل للتحمل؛ لأن التحمل بالمشاهدة والسماع، ويبقى إلى وقت الأداء بالضبط، وهما لا ينافيان ذلك، وهما أهل عند الأداء. (المجمع)

(٦) قوله: "والمحدود" وقال مالك والشافعي وأحمد: تقبل لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا وَأُولَئِكَ هُمُ الْفَاسِقُونَ إِلَّا الَّذِينَ تَابُوا﴾، فإن الاستثناء إذا تعقب جملا بعضها معطوفة على بعض ينصرف إلى الكل، كقول القائل: امرأته طالق وعبده حر وعليه الحجة إلا أن يدخل الدار، فإن الاستثناء ينصرف إلى جميع ما تقدم.

ولنا: أن قوله تعالى: ﴿ولا تَقْبَلُوا لَهُمْ شَهَادَةً أَبَدًا﴾ معطوف على قوله: ﴿فَاجْلِدُوهُمْ﴾ والعطف للاشتراك، فيكون رد الشهادة من حد القذف، والحد لا يرتفع بالتوبة، ولا نسلم أن الاستثناء في الآية يعقب جملا بعضها معطوف على بعض؛ لأنه يعقب جملة وأولئك هم الفاسقون، وهي جملة مستأنفة؛ لأن ما قبلها أمر ونهي، فلم يحسن عطفها عليه، بخلاف المثال، فإن الجمل كلها فيه إنشائية معطوفة، فيتوقف كلها على آخرها حتى إذا وجد المغير تغير الكل، وقال ابن عباس: التوبة فيما بينه وبين الله، فأما نحن فلانقبل شهادته، وعن إبراهيم وشريح مثله. (شرح النقاية)

وصلّى أظهر توبته وكذّب نفسه (ف ك) فحينئذٍ تقبل
فى قذف، وإن تاب إلا أن يحد الكافر فى قذف ثم أسلم[١]،
أى لأبيه وأمه - أى ولا تقبل أيضًا شهادة أحد...إلخ
والولد[٢] لأبويه وجدّيه[٣] وعكسه[٤] وأحد الزوجين للآخر،
أى ولا شهادة السيد لعبده - أى ولا شهادة الشريك
والسيد لعبده ومكاتبه، والشريك[٥] لشريكه فيما هو من
أى لا تقبل شهادة - أى ولا تقبل شهادة العدوّ
شركتهما، والمخنث[٦] والنائحة[٧] والمغنية والعدو[٨] إن كانت

(١) قوله: "أسلم" يعنى فلو لم تقبل ولو كان محدودًا فى قذف؛ لأن للكافر شهادة، فكان ردها من تمام الحد، وبالإسلام حدثت شهادة أخرى، وليس المراد أنها تقبل بعد إسلامه فى حق المسلمين فقط، قيّد بالكافر لأن العبد إذا حد حد القذف ثم عتق حيث ترد شهادته؛ لأنه لا شهادة للعبد أصلا فى حال رقه، فيتوقف الرد على حدوثها، فإذا حدث كأن رد شهادته بعد العتق من تمام حده. (البحر بحذف)

(٢) قوله: "والولد [أى ولا تقبل أيضًا شهادة الولد. . .إلخ]" لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تقبل شهادة الوالد لوالده ولا الولد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا أجير لمن استأجره»، ولا فرق بين أن يكون على العبد دين أو لم يكن؛ لأن له حقًا فى ماله كيفما كان. (الزيلعى بحذف)

(٣) وجده من جهة أب وجده من جهة أم.

(٤) أى وعكس الحكم المذكور وهو شهادة الأبوين والجد للولد، وارتفاع، وعكسه على أنه مبتدأ محذوف خبره، أى عكس المذكور كالحكم المذكور. (العينى بحذف)

(٥) قوله: "والشريك" أى لم تقبل شهادته لنفسه من وجه لاشتراكهما، قيد بما هو من شركتهما لجوازها بما ليس من شركتهما لانتفاء التهمة. (البحر)

(٦) قوله: "والمخنث" مراده المخنث فى الردىء من الأفعال؛ لأنه فاسق، فأما الذى فى كلامه لين، وفى أعضاءه تكسر فهو مقبول الشهادة. (الكشف)

(٧) قوله: "والنائحة" أى لا تقبل شهادة النائحة والمغنية لارتكابهما الحرام، فإنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الأحمقين: النائحة والمغنية، ولا يتكرر هذا مع قوله: ولا من يغنى للناس؛ لأن المراد هنا من جعل التغنى والنوحة مكسبة، وهو يعم الذكر والأنثى، وخص الأنثى للفظ الحديث: «لعن الله النائحات -هى التى تنوح فى مصيبة غيرها-» لأنها ترتكب المحظورات لأجل الطمع فى المال، وتجعله مكسبة، أما التى تنوح فى مصيبتها فلا تسقط عدالتها. (الكشف والمجمع والزيلعى)

(٨) قوله: "والعدو" لأن المعاداة لأجل الدنيا حرام، فمن ارتكبها لا يؤمن من التقول عليه، أما إذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته؛ لأنها من التدين، فتدل على قوة دينه وعدالته، وهذا لأن المعاداة

أى لا تقبل شهادة المداوم على شرب ما لا يحل شربه
عداوة دنيوية، ومدمن[١] الشرب على اللهو، ومَن[٢] يلعب
وفى بعض النسخ الطنبور، فالمراد المغنّى ولو قال: يرتكب كبيرة لكان أولى
بالطيور، أو يغنى[٣] للناس، أو يرتكب[٤] ما يوجب الحدّ أو
لأن كشف العورة حرام أى يأخذ القدر الزائد، فالمراد بالأكل الأخذ
يدخل الحمام بلا إزار، أو يأكل[٥] الربا، أو يقامر[٦]

قد تكون واجبة، بأن رأى منكرًا فيه شرعا، ولم يتنبه بتنبيه، والذى يوضح لك هذا المعنى أن المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما، فلو كانت مانعة لما قبلت. (الزيلعى)

(١) قوله: "ومدمن" شرط الإدمان مع أن نفس شرب نحو الخمر حرام ليظهر بالإدمان أنه مرتكب الحرام، فتسقط عدالته، وأما المتهم بالشرب فلا تسقط عدالته، وقول المصنف على اللهو لم يظهر لى وجه زيادته؛ لأنه إن قيد الشرب بالحرام يشمل الخمر، ولا يخفى أن اللهو ليس بشرط فى الخمر وإن قيد بالحلال لزم إهمال بيان حكم الحرام، وإن أريد به الأعم من الحرام والحلال لزم ما لزم من تقييده بالحرام، إلا أن يختار الشق الأول، وقيّد اللهو لإخراج التداوى لما فى "الدر المختار"، وإنما قال على اللهو ليخرج الشرب للتداوى، فلا يسقط العدالة لشبهة الاختلاف، والاختلاف فى شرب الخمر للتداوى متحقق، كما فى شرب غيرها من المحرمات لأجله، فيصلح أن يكون اللهو مخرجًا لشربها للتداوى. (كشف)

وإن شئت زيادة التحقيق، فارجع إلى ما قاله فى "البحر".

(٢) قوله: "ومن" أى لا تقبل شهادة من يلعب بالطيور؛ لأنه يورث غفلة، وهو محمول على ما إذا كان يقف على عورات النساء لصعود سطحه ليطير طيره، فأما إمساك الحمام فى بيته للاستئناس لا يسقطها؛ لأن إمساكها فى البيوت مباح. (البحر)

(٣) قوله: "يغنى" لأنه يجمع الناس على لهو ولعب لا يخلو عادة عن ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب، وقيده بكونه يغنى للناس أى يسمعهم؛ لأنه لو كان لإسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره لا بأس به، ولا تسقط عدالته فى الصحيح، لما روى أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغنى، والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضى الله تعالى عنهم، وإن أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق، وإن كان فيه ذكر امرأة مغنية، فإن كانت ميتة، أو كان فيه ذكر امرأة غير مغنية فلا بأس به، وإن كانت معينة وهى حية يكره. (الزيلعى)

(٤) قوله: "يرتكب" أى لا تقبل شهادة من يأتى نوعًا من الكبائر الموجبة للحد لوجود تعاطيه، بخلاف اعتقاده، وذا دليل قلة ديانته، ففعله يجترئ على الشهادة بزورًا. (الزيلعى)

(٥) قوله: "يأكل" لأنه من الكبائر، وشرط فى الأصل أن يكون مشهورًا به، وذلك بالإدمان؛ لأنه لا يمكن التحرّز عن العقود الفاسدة، وهو ربا، بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الإدمان؛ لأن التحرّز عنه ممكن. (الزيلعى)

لعب معروفة، وهومعرب
بالنرد والشطرنج، أو تفوته الصلاة بسببهما، أو
بأن يكون البول، أو الأكل بمرأى من الناس
يبول[١] أو يأكل على الطريق، أو يظهر سبّ السَّلف[٢]،
الشهادة وهذا بالإجماع وهذا أيضًا بالإجماع أى بنت امرأته
وتقبل[٣] لأخيه، وعمه وأبويه رضاعًا[٤]، وأم امرأته وبنتها،
ك ف د
وزوج بنته، وامرأة ابنه، وأبيه، وأهل الهوى[٥] إلا الخطّابيّة[٦]

---

(٦) قوله: "أو يقامر" لأن كل ذلك من الكبائر، وظاهر تقييده بما ذكر استواء النرد والشطرنج، وليس كذلك، فإن اللعب بالنرد مبطل للعدالة مطلقًا للإجماع على حرمته، بخلاف الشطرنج لأن للاجتهاد فيه مساغًا لقول مالك والشافعي رحمهما الله بإباحته، وهو مروى عن أبي يوسف، والحاصل أن العدالة إنما تسقط بالشطرنج إذا وجد فيه واحد من خمس: القمار، وفوت الصلاة بسببه، وإكثار الحلف عليه، واللعب به على الطريق، كما فى "فتح القدير"، أو يذكر عليه فسقًا، كما فى "السراج الوهاج"، وإلا فلا، بخلاف النرد فإنه مسقط لها مطلقًا. (البحر ملخّصًا)

(١) لأنه تارك للمروءة، فإذا لم يسخ عن مثل ذلك لا يمتنع عن الكذب.

(٢) أى الصحابة والتابعين وأبى حنيفة، عدم القبول لظهور فسقه، ولو لتم تقبل، ولو قال المؤلف كغيره: أو يظهر سب مسلم لكان أولى؛ لأن العدالة تسقط بسبّ مسلم وإن لم يكن من السلف. (البحر)

(٣) لانعدام التهمة؛ لأن الأملاك ومنافعها لمباينة بعضهم ولا بسوطة بعض.

(٤) أى وكذا تقبل لأجل أبويه من حيث الرضاع.

(٥) قوله: "وأهل الهوى [أى أصحاب بدع لا تكفر كجبر وقدر، أى وكذا تقبل شهادة أهل... إلخ]" قال فى "المغرب": أهل الأهواء من زاغ عن طريقة أهل السنة والجماعة، وكان من أهل القبلة، وإنما قبلت لأن فسقهم من حيث الاعتقاد، وما أوقعه فيه إلا تدينه، فصار كمن يشرب المثلث، أو يأكل متروك التسمية عامدًا مستبيحًا لذلك، بخلاف الفسق من حيث التعاطى -انتهى- وأهل الأهواء ليسوا بطائفة بعينها بل يطلق على كل من خالف السنة بتأويل فاسد. (الطحطاوى بحذف)

(٦) قوله: "الخطّابية [صنف من الروافض يرون الشهادة لشيعتهم، ولكل من حلف أنه لحق، فردهم الله عنهم، بل التهمة الكذب]" نسبة إلى أبى الخطاب محمد بن وهب الأجدع، وقيل: محمد بن أبى زينب الأسدى الأجدع خرج أبو الخطاب بالكوفة وضارب عيسى بن موسى بن على بن عبد الله بن عباس، وأظهر الدعوة إلى جعفر، فتبرأ منه جعفر، ودعا عليه فقتل هو وأصحابه قتله وصلبه عيسى بالكناسة؛ لأنه ادعى أن عليًا الإله الأكبر، وجعفر الإله الأصغر -الكناسة بالضم محلة بالكوفة-. (الطحطاوى)

أى وكذا تقبل شهادة الذمى على الذمى وإن اختلفا ملة كاليهود والنصارى — أى لا تقبل شهادة على...إلخ

والذمى على مثله(١) والحربى(٢) على مثله(٣) لا على

اللمم الصغيرة وألمّ الذنب ما دون الفواحش — كلها

الذمى، ومن ألَمّ(٤) بصغيرة إن اجتنب الكبائر، والأقْلف(٥)

بفتح الخاء على وزن فعيل منزوع الخُصى — ويكون كالأنثى لو مشكلا — بفتح التاء — بكسر التاء

والخصى وولد الزناء والخنثى، والعمّال(٦) والمعتق والمعتِق،

(١) قوله: "على مثله" لأنه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض، قيّد بالذمى لأن المرتد لا شهادة له؛ لأنه لا ولاية له، واختلفوا فى شهادة مرتدة على مثله، والأصح عدم قبولها بحال، وقيد بقوله على مثله لأنه لا تقبل على مسلم للآية: ﴿وَلَن يَّجْعَلَ اللهُ لِلْكَافِرِيْنَ عَلَى الْمُؤمِنِيْنَ سَبِيْلا﴾. (البحر بحذف)

(٢) قوله: "والحربى" أى وتقبل شهادته على مثله لا على الذمى، لأنه لا ولاية له على الذمى، ويستثنى من الحربى على مثله ما إذا كانا من دارين مختلفتين، كالإفرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما، ولهذا لا يتوارثان، والدار المختلف باختلاف المتعة والملك. (البحر بحذف)

(٣) أى المستأمن، أما غيره فيسترق، ولا شهادة للعبد.

(٤) قوله: "ومن ألمّ" أى تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط أن يجتنب الكبائر كلها، وقد أشار هنا إلى العدالة، فإنها شرط قبول الشهادة، وهى الاستقامة، وهى بالإسلام واعتدال العقل، ويعارضه هوى يقبله ويصده. (البحر والزيلعى)

(٥) قوله: "والأقلف [وهو غير المختون]" أى تقبل شهادة هؤلاء، أما قبول شهادة الأقلف لأن العدالة لا تخل بترك الختان، لكونه سنة عندنا، أطلقه وقيده قاضى خان بأن يتركه لخوف على نفسه، أما إذا تركه بغير عذر لم تقبل، وقيده فى "الهداية": بأن لا يتركه استخفافًا بالدين، أما إذا تركه استخفافًا لم تقبل شهادته؛ لأنه لم يبقَ عدلا.

وأما قبول شهادة الخصى فلأن عمر رضى الله عنه قبل شهادة علقمة الخصى؛ ولأنه قطع عضوه ظلمًا، فصار كمقطوع اليد، وأما قبول شهادة ولد الزنا فلأن فسق الأبوين لا يوجب فسق الولد ككفرهما، وقال مالك: لا تقبل فى الزنا؛ لأنه يحب أن يكون غيره مثله فيهم، قلنا: العدل لا يختار ذلك، ولا يستحبه، والكلام فيه.

وأما قبول شهادة العمال فلأن نفس العمل ليس بفسق إلا إذا كانوا أعوانًا على الظلم، أما قبول شهادة المعتق للمعتق وعكسه لأنه لا تهمة، أما لو كانت ثمة تهمة فلا تقبل.

وفى "الخلاصة": لو شهد عبدان بعد إعتاق مشتريهما إياهما على أن الثمن كان كذا عند اختلاف البائع والمشترى، لا تقبل شهادتهما لأن لهما نفعًا؛ إذ لو لا الشهادة لخالفا، فينفسخ البيع، فيبطل العتق، هذا قد قبل شريح شهادة قنبر -بفتح القاف والباء- لعلى رضى الله عنه وهو عتيقه (عز)

(٦) بضم العين وتشديد الميم جمع عامل، وهم عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ. (العينى)

أى إلى الرجل   وهو الرجل المذكور الوصية

ولو(١) شهدا أن أباهما أوصى إليه، والوصى يدعى جاز(٢)،

الرجل الوصية   لا تقبل بشهادتهما   الغائب   أى وكل فلانًا

وإن أنكر لا كما(٣) لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه،

حالية   الوكالة   الوكالة

وادّعى الوكيل، أو أنكر، ولا يَسمع القاضى الشهادة على

بالفتح أى فسق   فى مجلس القاضى   أى لم يفارق مكانه   أى أخطأت

جرح(٤)، ومن شهد ولم يبرح حتى قال: أوهمتُ بعضَ(٥)

أى لو كان الشاهد عدلا وإلا لا

شهادتى تقبل(٦) لو عدلا.

---

(١) قوله: "ولو" يعنى إذا مات رجل وترك ابنين، فادعيا أن أباهما أوصى إلى رجل، والرجل يدعى الوصية جازت شهادتهما، وإن أنكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما، كما لا تجوز شهادتهما أن أباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه، سواء ادعى الرجل الوكالة أو أنكر، والقياس عدم القبول فى الوصى أيضًا؛ لكونها شهادة للشاهد لعود المنفعة إليه، وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى إذا كان طالبًا، والموت معروف، فيكفى القاضى بهذه الشهادة مؤنة التعيين؛ لا أنه يثبت بها شىء، فصار كالقرعة. (الزيلعى والبحر)

(٢) أى شهادة الاثنين، وتذكير الفعل باعتبار المذكور من الشهادة.

(٣) أى كما لا تقبل شهادة الاثنين فى غيبة أبيهما.

(٤) قوله: "جرح" وهو بفتح الجيم لغة من جرحه بلسانه جرحًا عابه، ونقصه ومنه جرحت الشاهد إذا أظهرت فيه ما ترد به شهادته، كذا فى "المصباح"، وفى الاصطلاح إظهار فسق الشاهد، فإن لم يتضمن ذلك إثبات حق الله تعالى، أو للعبد، فهو جرح مجرد، وإن تضمن إثبات حق الله تعالى، أو للعبد فهو غير مجرد، والأول هو المراد من إطلاقه، كما أفصح به فى "الكافى": وهو غير مقبول.
مثل أن يشهدوا أن شهود المدعى فسقة أو زناة، وإنما لم تقبل لأن البينة إنما تقبل على ما يدخل تحت الحكم، وفى وسع القاضى إلزامه، والفسق مما لا يدخل تحت الحكم، وليس فى وسع القاضى إلزامه؛ لأنه يدفعه بالتوبة. (البحر بحذف)

(٥) ذكر زيادة كانت باطنة أو بنسيان ما كان يجب على ذكره.

(٦) قوله: "تقبل" لأنه قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضى فوق. . . إلخ العذر، فيقبل إذا تداركه فى أوانه، وهو عدل أى ثابت العدالة عند القاضى أولا سال عنه فعدل كذا فى "فتح القدير"، يعنى هو احتراز عن المستور لا عن الفاسق؛ لأن الفاسق لا شهادة له، قيد بقوله: ولم يبرح لأنه لو قام لم يقبل منه ذلك لجواز أنه عزه الخصم بالدنيا، ولم يذكر المؤلف معنى القبول للاختلاف فيه، ففيه يقضى بجميع ما شهد به؛ لأنه صار حقًا للمدعى، فلا يبطل بقوله: أوهمت.

أى فى بيان أحكامه

باب[1] الاختلاف[2] فى الشهادة

بأن كانت فى ألف قرض وشهدوا بألف قرض / رجل على آخر

الشهادة إن وافقت الدعوى قُبلت[3] وإلا[4] لا[5] ادعى

أي موروثة. أى ادّعى دارًا شراء أى مشتراة / يعني من غير ذكر سبب.

دارا إرثا، أو شراء، فشهد بملك مطلق لغت[6]

أى بعكس الحكم المذكور لا تلغى بل تقبل الشهادة

وبعكسه[7] لا.

وقيل: يقضى بما بقى إن تدارك بنقصان، وإن كان بزيادة يقضى بها إن ادعاها المدعى؛ لأن ما حدث بعدها قبل القضاء يجعل كحدوثه عنده. (البحر ملخصًا)

(١) قوله: "باب" تأخير الاختلاف فى الشهادة عن اتفاقها مما يقتضيه الطبع لكون الاتفاق أصلا، والاختلاف إنما يعارض الجهل والكذب، فأخره وضعًا للتناسب. (المجمع)

(٢) قوله: "الاختلاف" يبنى الباب على أصول مقررة، منها أن الشهادة على حقوق العباد لا تقبل بلا دعوى، بخلاف حقوقه تعالى، ومنها أن الشهادة بأكثر من المدعى باطلة، بخلاف الأقل للاتفاق فيه، ومنها أن الملك المطلق أزيد من المقيد لثبوته من الأصل، والملك بالسبب مفتقر على وقت السبب، ومنها موافقة الشهادتين لفظًا ومعنًى، وموافقة الشهادة الدعوى معنًى فقط. (الدر المختار)

(٣) قوله: "قبلت" لأن تقدم الدعوى فى حقوق العباد شرط قبول للشهادة، فقد وجدت فيما يوافقها، وانعدمت فيما يخالفها، وأطلق الموافقة ولم يقيدها باللفظ والمعنى، كما فى الموافقة بين الشاهدين ليفيد عدم الاشتراط، وأن الموافقة معنى كافية، فلو ادعى الغصب أو القتل، فشهد بإقرار المدعى عليه ذلك تقبل، ولو شهد واحد منهما بالغصب أو القتل والآخر بالإقرار لا تقبل. (البحر)

وأما كون تقدم الدعوى شرطًا فى حقوق العبد فلتوقفها على مطالبتهم ولو بالتوكيل، بخلاف حقوق الله تعالى لوجوب إقامتها على كل واحد، فكل أحد خصم، فكان الدعوى موجودة. (الدرّ مع زيادة)

(٤) بأن كانت فى ألف قرض وشهدا بألف ثمن متاع.

(٥) أى وإن لم توافق الشهادة الدعوى لا تقبل الشهادة.

(٦) قوله: "لغت [أى لا تقبل بيّنته]" لأنهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعى؛ لأنه ادعى ملكًا حادثًا، وهما شهدا بملك قديم، وهما مختلفان، فإن الملك فى المطلق يثبت من الأصل حتى يستحق المدعي بزوائده، ولا كذلك في الملك الحادث، وترجع الباعة بعضهم على بعض، فصار غيرين، والتوفيق متعذر؛ لأن الحادث لا يتصور أن يصير قديمًا، ولا القديم حادثًا، فلا تقبل الشهادة. (الزيلعى)

(٧) قوله: "وبعكسه" أى بعكس ما مضى، وهو ما إذا ادعى ملكًا مطلقًا فشهدا بملك بسبب معين، لا تكون لغوا بل تقبل الشهادة؛ لأنهم شهدوا بأقل مما ادعى، وذلك لا يمنع قبول الشهادة.

ويعتبر(١) اتفاق الشاهدين لفظًا ومعنًى، فإن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل، وإن شهد الآخر بألف وخمس مائةٍ والمُدّعى يدعى ذلك قبلت على الألف، ولو شهدا بألف

(الزيلعى)

(١) قوله: "ويعتبر" لأن القضاء لا يجوز إلا بحجة، وهى شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقًا، والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: الاتفاق فى المعنى هو المعتبر لاغير، والمراد بالاتفاق فى اللفظ تطابق اللفظين على إعادة المعنى بطريق الوضع لا بطريق التضمن حتى لو ادعى رجل مائة درهم، فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة، لم تقبل عند أبى حنيفة رحمه الله، لعدم الموافقة لفظا، وعندهما يقضى بأربعة، وكذا إن شهد أحدهما بألف والآخر بألفين، لم تقبل عنده، وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعى يدعى الألفين.

وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث، لهما: أنهما اتفقا على الأقل، وتفرد أحدهما بالزيادة، فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرد به أحدهما لعدمهما، وذلك ليس باختلاف، ألا ترى أن المدعى لو ادعى الأكثر، وشهدا بالأقل تقبل، ولو كان اختلافًا لما قبلت؛ لأن من شرط القبول توافق البينة الدعوى، فصار كما إذا شهد أحدهما بالألف والآخر بألف وخمس مائة، والمدعى يدعى الألف والخمس مائة، بخلاف ما إذا ادعى الأقل حيث لا يثبت شيء؛ لأن المدعى كذب من يشهد بالزيادة، وبشهادة الفرد لا يثبت الحق.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى؛ لأن اللفظ الواحد غير لفظ الاثنين، ولفظ الألف غير لفظ الألفين، ولهذا لا يراد بأحدهما الآخر، ولم يثبت واحد من اللفظين؛ لأنه لم يشهد على كل واحد منهما إلا واحد.

لا يقال: أن الألف موجود فى الألفين؛ لأنا نقول: نعم، موجود فيه إذا ثبت الألفان ثبت الألف ضمنًا، فإذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن، ألا ترى أنه لو شهد أحدهما أنه قال لامرأته أنت خلية، وشهد الآخر أنه قال: برية، لا يقع شيء، وإن اتفق اللفظان فى المعنى لعدم ثبوت واحد منهما، فعلم بذلك أن اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى شرط القبول، بخلاف الدعوى والبينة لا تشترط اتفاقهما فى اللفظ، وبخلاف الألف والخمس مائة؛ لأن الشاهدين اتفقا على الألف لفظًا ومعنًى، وتفرد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف. والمعطوف غير المعطوف عليه، بخلاف العشرة وخمسة عشرة حيث لا تقبل لأنه مركب كالألفين، إذ ليس بينهما حرف العطف، ولو لم يدع المدعى الأكثر فشهادة من شهد بالأكثر باطلة؛ لأنه كذبه المدعى بالزيادة إلا أن يوفق، فيقول: أصل حقى كان كما قال إلا أنى استوفيت الزائد وأبرأته عنه، فحينئذٍ تقبل بظهور التوفيق. (الزيلعى بحذف)

أى أحد الشاهدين أى قضاء المدعى عليه للمدعى شهادتهما.

وقال أحدهما: قضاه منها خمسمائة تقبل(١)

أي أن المدعى عليه وهو المديون أى الدائن المدعى خمسمائة أى شاهد آخر أى لا تحل له الشهادة

بألف ولم يسمع أنه قضاه إلا أن يشهد معه آخر، وينبغي(٢) أن

وهو خمسمائة أى الاثنان

لا يشهد حتى يُقرّ المدعى بما قبض، ولو شهدا(٣)

بأن شهد أن فلانًا أقرض فلانًا ألف درهم المستقرض للمقرض

بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاه جازت

لتمام الحجة فى القرض وعدلهما فى القضاء أى الاثنان أى فلانًا

الشهادة على القرض، ولو شهدا بأنه قتل زيدا يوم

شرفها الله تعالى أى أن فلانًا مذكورًا أى الشهادتان

النحر بمكة، وآخران أنه قتله يوم النحر بمصر، ردتا، فإن

القاضى أى بإحدى البيّنتين فى المسألة المذكورة. أى البيّنة الأخرى أى الاثنان

قضى(٤) بأحدهما أولا بطلت الأخرى، ولو شهدا على سرقة

---

(١) قوله: "تقبل" لأنهما اتفقا على وجوب الألف، فتقبل، وانفرد أحدهما بقضاء النصف، فلا تقبل لعدم كمال النصاب، ولا يكون بقوله قضاه خمس مائة مناقضًا بشهادته بألف؛ لأن قضاء الدين طريقه المقاصة معنا، وأن الدائن يجب عليه ما قبض، فلا ينافى بقاء دينه، فلا يكون كاذبًا.

ولا يقال: أن المدعى كذب شاهده بالقضاء، فينبغي أن لا يقبل كما إذا شهد بألف وخمس مائة، والمدعى يدعى ألفا، لأنا نقول لم يكذبه فيما شهد له، وإنما كذبه فيما شهد عليه، وذلك لا يقدح كما إذا شهد له اثنان بحق، ثم شهدا عليه بحق الإنسان آخر، فإن شهادتهما له تبطل، وإن كذبهما، فكذا هذا، بخلاف ما استشهد به؛ لأن التكذيب فيه فيما شهد له، فيكون قادحًا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وينبغي" يجب عليه أن لا يشهد بالألف كلها إذا علم أنه قضاه منهما خمس مائة حتى يقر المدعى أنه قبض خمسمائة كي لا يصير معينًا على الظلم. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولو شهدا" يعنى طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكر، ترد الطائفتان؛ لأن أحدهما كاذبة بيقين، وليست أحدهما بأولى بالقبول من الأخرى. (الزيلعى)

(٤) قوله: "فإن قضى" يعنى قضى القاضى بوجوب القصاص لشهادة الطائفة الأولى، ثم شهدت الأخرى، لا تقبل؛ لأن الأولى ترجحت باتصال القضاء بها، فلا تنتقض بالثانية، ونظيره لو كان مع رجل ثوبان: أحدهما نجس، فتحرى وصلى فى أحدهما، ثم وقع تحريه على طهارة الآخر، لا تجوز له الصلاة؛ لأن الأول اتصل بحكم الشرع، فلا ينتقض بوقوع التحرى فى الآخر. (الزيلعى والبحر)

أي الشاهدان / يد السارق / أي بخلاف الاختلاف فى الذكورة والأنوثة

بقرة واختلفا فى لونها قطع[١] بخلاف الذكورة والأنوثة

درهم

والغصب[٢]، ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف

أي أنه اشترى بألف / أي تبطل الشهادة.

وشهد الآخر بألف وخمس مائة، بطلت[٣] الشهادة، وكذا[٤]

---

(١) قوله: "قطع" يعنى لو شهد شاهدان على سرقة بقرة، واختلفا فى لون البقرة، بأن قال أحدهما: سرق بقرة بيضاء، وقال الآخر: بقرة سوداء، تقبل شهادتهما، وقطع يده، بخلاف ما إذا قال أحدهما: سرق ذكرًا، والآخر قال: أنثى، اختلفا فى لون البقرة فى النصب، حيث لا تقبل شهادتهما فيهما، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى.

وقالا: تقبل شهادتهما فى السرقة أيضًا؛ لأن البقرة البيضاء غير السوداء، فكانا سرقتين مختلفتين، ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة، فلم يثبت، وصار كاختلافهما فى الذكورة والأنوثة، وكاختلافهما فى اللون فى الغصب، بل أولى؛ لأن الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات، والثابت بالسرقة حد يسقط بها، فصار نظير اختلفا فيما لم يكلفا نقله؛ لأن القطع لا يضاف إلى إثبات الوصف، فصار كاختلافهما فى ثياب السارق، ألا ترى أنهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما، بخلاف بيان القيمة لأن ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها تبلغ نصابًا، بخلاف الغصب؛ لأن التحمل فيه بالنهار؛ لأن الغصب يقع بالنهار، وهو يقرب منه غالبًا، فلا يشتبه عليه الحال، فتكون على تحقيق وتأمل لتمكنه من ذلك، فلا يشتبه عليه. (الزيلعى بحذف)

(٢) أي وبخلاف الاختلاف فى لون البقرة فى الغصب بأن قال أحدهما: غصب بقرة بيضاء، وقال الآخر: سوداء.

(٣) قوله: "بطلت" لأنهما لم يتفقا على عقد واحد، والشراء بألف غير الشراء بألف وخمس مائةو المقصود إثبات العقد، فإذا اختلف المشهود به، وتعذر الحكم لقصور الحجة عن كمال العدد أطلقه، فشمل ما إذا كان المدعى يدعى أقل المالين أو أكثرهما، وأشار إلى أن المدعى لو كان هو البائع، واختلف شاهداه لم تقبل أيضًا لما ذكرنا. (البحر)

(٤) قوله: "وكذا" يعنى إذا اختلف الشاهدان فى مقدار البدل فيهما، لم تقبل، أطلقهما فشمل ما إذا كان المدعى وهو العبد وهو ظاهر؛ لأن مقصوده هو العقد ومما إذا كان المدعى هو المولى؛ لأن العتق لا يثبت قبل الأداء، فكان المقصود إثبات السبب، كما فى "الهداية".

وقيل: إن كان المدعى هو المولى لا تفيد بينته؛ لأن العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز، وأطلق الخلع وهو مقيد بما إذا كانت المرأة هى المدعية للخلع؛ لأن مقصودها إثبات السبب دون المال، فلا يثبت مع اختلافهما فيه، كالبيع بخلاف دعوى الدين، فإن المقصود منه المال، وإن كان المدعى هو الزوج، وقع الطلاق بإقراره، فيكون دعوى دين، فيثبت الأقل، وهو ما اتفقا عليه. (البحر)

أو كانت المرأة المدعية للخلع — كلام إضافي مبتدأ

الكتابة والخلع، فأما[1] النكاح فيصح[2] بألف ملك[3]

من الشهود — أي الشاهدان

المورث لم يقض لوارثه بلا جر إلا أن يشهدا

أي أو أن يشهد أنها كانت في يد...إلخ — بفتح الدال — أي أو يشهد أنها كانت في يد مستعيره

بملكه، أو يده أو يد[4] مودعه ومستعيره وقت الموت، ولو

هذه الشهادة — أي باليد للمدعى

شهدا[5] بيد حيّ مذ شهر ردت، ولو أقر[6] المدعى عليه بذلك

---

(١) قوله: "فأما" أي في النكاح تقبل الشهادة بألف إذا اختلف الشاهدان في قدر المهر بأن شهد أحدهما بالنكاح بألف، والآخر بألف وخمس مائة استحسانًا، وقالا: تبطل الشهادة، ولا يقضى بشيء كالبيع؛ لأن المقصود من الجانبين إثبات السبب أي العقد والنكاح بألف، غير النكاح بألف وخمس مائة، وله أن المال في النكاح تابع، ولهذا يصح بلا تسمية المهر، ومن حكم التابع أن لا يغير الأصل، ألا ترى أنه لا تبطل بنفيه، ولا يفسد بفساده، فكذا لا يختلف باختلافه إذا اتفقا على ما هو الأصل، وهو الملك، ولا الحل، فوجب القضاء به، وإذا وجب بقي المهر مالا مقصودًا، فوجب القضاء بأقل المقدارين. (ط)

(٢) سواء كانت الدعوى من الزوج أو المرأة والمدعي يدعي الأقل أو الأكثر.

(٣) قوله: "ملك" يعني إذا ثبت شيء أنه ملك المورث بأن ادعى عينًا في يد إنسان أنها ميراث أبيه، وأقام شاهدين، فشهدا أن هذه كانت لأبيه، لا يقضى حتى يجر الميراث، فيقولان: مات وتركهما ميراثًا له، ويقولان: كانت لأبيه يوم موته أو كانت في يده أو في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره.
والأصل فيه أن الجر شرط، وهو أن يقول الشاهد: مات وتركهما ميراثًا له، ولكن إذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جرا؛ لأنه أثبت ملكه، أو أن الانتقال إلى الوارث، فيثبت الانتقال ضرورة، فيكون اثباتًا للانتقال، وكذا إذا أثبت يده عند الموت؛ لأن يده إن كانت يد ملك، فهو على ما بينا، وإن كانت يد أمانة فكذلك الحكم؛ لأن الأيدي في الأمانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان إذا مات مجهلا لتركه الحفظ، والمضمون يملكه الضامن على ما عرف، فيكون إثبات اليد في ذلك الوقت إثباتًا للملك، وإثبات يد من يقوم مقامه، كالمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والغاصب، وغيرهم إثبات ليده، فيغني إثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر، فاكتفى به عنه، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف: الجر ليس بشرط، بل إذا أثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفي. (الزيلعي)

(٤) أي وأن يشهد أنها كانت في يده.

(٥) قوله: "ولو شهد" يعني إذا كانت دار في يد رجل فادعى آخر أنها له، وأقام بينته أنها كانت في يده مذ شهر، لا تقبل لقيامها مجهول لتنوع يد الحي، وذلك أنه يحتمل أنها كانت يد ملك، أو وديعة، أو إجارة، أو غصب، فلا يحكم بإعادتها. (عز)

أي أن المدعى به منذ شهر

أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان فى يد المدعى دُفع إلى المدعى.

لا يخفى حسن تأخير شهادة الفروع عن الأصول

باب الشهادة على الشهادة

أي في المواضع التي لا...إلخ احترز به عن الحدود والقصاص

تقبل[١] فيما لا يسقط بالشبهة إن شهد رجلان على

خلافًا لمالك ولنا ما روينا

شهادة شاهدين[٢]، ولا تقبل شهادة واحد على[٣] شهادة

الأصل للفرع لأن الفرع كالنائب عنه، فلا بد من التحميل والتوكيل

واحد، والإشهاد أن يقول: اشهد على شهادتى أنى أشهد[٤] أن

أي وصفة أداء الشاهد الفرع عند الأداء عند الحاكم

فلانًا أقرّ عندى بكذا، وأداء الفرع أن يقول: أشهد أن فلانًا

---

(٦) قوله: "ولو أقر" أي و أقر المدعى عليه باليد للمدعى أو شهد شاهدان بأنه أقر باليد للمدعى منذ أشهر، دفع ذلك إلى المدعى؛ لأن الإقرار معلوم، فتصح الشهادة به، وجهالة المقر به لا تمنع صحة الإقرار، ألا ترى أنه لو قال لفلان عليّ شيء صح، ويجب عليه البيان، ولا تصح الشهادة به. (الزيلعى)

(١) قوله: "تقبل" أي يقبل أداء الفروع فى حق لا تسقطه الشبهة استحسانًا لشدة الحاجة إليها، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لبعض العوارض، فلو لم تجز الشهادة على شهادة أدى إلى إتواء الحقوق، ولهذا جوزنا الشهادة على الشهادة، وإن كثرت إلا أن فيها شبهة من حيث البدلية، أو من حيث إن فيها زيادة الاحتمال، وقد أمكن الاحتراز عنه بجنس الشهود، فلا تقبل فيما يندرئ بالشبهات كالحدود والقصاص. (البحر)

(٢) أي بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين.

(٣) قوله: "على" أي تجوز الشهادة على الشهادة بشرط أن يشهد الشاهدان على شهادة كل واحد من الأصلين، ويجوز شهادة شاهدين على شهادة شاهدين.

وقال الشافعي: لا يجوز إلا الأربع على كل أصل اثنان؛ لأن كل شاهدين قائمان مقام شاهد واحد، فصار كالمرأتين.

ولنا إطلاق قول علي رضى الله عنه لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين، ولأن نقل شهادة الأصل من الحقوق، فلما شهدا بحق ثم شهدا بحق آخر فتقبل. (الكشف)

(٤) قوله: "أشهد" لأنه لا بد من ذكر شهادة، وذكره شهادة الأصل، وذكره التحمل، ولم يشترط بعض العلماء ذكر التحميل، ولهما لفظ أطول من هذا وأقصر، وخير الأمور أوسطها. (الكشف)

أشهدنى على شهادته أن فلانًا أقّر عنده بكذا وقال لى: اشهد

لأن جوازها عند الحاجة، وإنما تمس عند عجز الأصل.

على شهادتى بذلك، ولا شهادة للفرع بلا موت أصله، أو

أي سفر الأصل ثلاثة أيام — أى الأصول — تعديلهم — أى الأصول

مرضه[١]، أو سفره، فإن[٢] عدلهم الفروع صح وإلا[٣] عدلوا،

أى الإشهاد — أى الإشهاد — أى الاثنان

وتبطل[٤] شهادة الفرع بإنكار[٥] الأصل[٦] الشهادة، ولو شهدا

أى على فاطمة بنت على مثلا. — أى المصرية مثلا.

على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف[٧]

أى الشاهدان الفرعان — أى الأصلين — بالنسب وبالوجه — المدعى وهو المقر له

وقـــــالا: أخبرانا[٨] أنهما يعرفانها، فجاء بامرأة.

أى الشاهدان الفرعان — أى لم نعلم — أى التى جاء بها المدعى — وهو المقرّ له — أى أحضر

وقالا: لم ندر أهِيَ هـــــذه أم لا، قيل[٩] للمدعى هاتِ

---

(١) بما لا يستطيع الحضور معه إلى مجلس الحكم.

(٢) قوله: "فإنه" أى إن قال شهود الفرع: إن شهود الأصل عدول قبل تعديلهم؛ لأنهم من أهله. (عز)

(٣) قوله: "وإلا [أى وإن لم يعدلهم الفروع]" أى إن لم يعدلهم الفروع ولم يعرفهم القاضى بالعدالة سأل عنهم، وهذا عند أبى يوسف، وقال محمد: لا تقبل لأنه لاشهادة إلا بالعدالة، فإذا لم يعرفوها لم ينقلوا الشهادة، فلا تقبل، ولأبى يوسف أن الواجب عليهم النقل دون التعديل؛ لأنه قد يخفى عليهم، وإذا نقلوا يتعرف القاضى العدالة، كما إذا حضروا بأنفسهم، وشهدوا كذلك فى "الهداية". (البحر)

(٤) قوله: "وتبطل" معناه إذا قال شهود الأصل لم تعرفهم، ولم تشهدهم على شهادتنا، فماتوا أو غابوا، ثم جاء الفروع، وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم؛ لأن التحميل شرط، وله يثبت للمعارض بين خبر الأصول، وبين خبر الفروع؛ لأن الأصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك، فلا يثبت التحميل مع الاحتمال. (الزيلعى)

(٥) قيد بالإنكار لأنهم لو سئلوا فسكتوا لم يبطل الإشهاد.

(٦) كقولهم: ما لنا شهادة، أو لم نشهدهم، أو أشهدناهم وغلطنا.

(٧) أى أنها أقرت بألف درهم مثلا لفلان.

(٨) أى الشاهدان الأصلان.

(٩) قوله: "قيل" لأن الشهادة على المعرفة بالنسبة قد تحققت، والمدعى يدعى الحق على

آخرين / المذكورة / أي كالشهادة على الشهادة

شاهدين أنها فلانة، وكذا[١] كتاب القاضي إلى القاضي،

أي الشاهدان الأصلان

ولو[٢] قالا: فيهما[٣] التميمية لم تجز حتى ينسباها إلى فخذها،

الشاهد / بالضرب والحبس

ولو أقرّ أنه شهد زورًا يُشهّر[٤] ولا يعزر[٥].

الحاضرة، فلعلها غيرها، فلا بد من تعريفهما بتلك النسبة. (الزيلعي)

(١) قوله: "وكذا" معناه أن القاضي إذا كتب إلى القاضي الآخر أن فلانًا وفلانًا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية، وأحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب إليه، وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة، فلا بد من الشاهدين آخرين يشهدان أنها هي المنسوبة بتلك النسبة، كما في المسألة الأولى، كما ذكرنا، ولا فرق بينهما إلا من حيث إن القاضي الكاتب لولاية ينفرد بنقل إليه والشهادة في الشهادة على الشهادة لا بد من اثنتين على كل أصل على ما بينا. (الزيلعي)

(٢) قوله: "ولو" أي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة، وفي كتاب القاضي إلى القاضي فلانة بنت فلان التميمية، لم يجز حتى ينساها إلى فخذها؛ لأن التعريف لا يحصل بالنسبة العامة، وهي عامة إلى بني تميم؛ لأنهم قوم لا يحصون، ويحصل بالنسبة إلى الفخذ؛ لأنها خاصة، وفسر في "الهداية": الفخذ بالقبيلة الخاصة، وفي الشرح بالجد الأعلى.

وفي "المصباح": الفخذ -بالكسر وبالسكوت للتخفيف- دون القبيلة وفوق البطن، وقيل: دون البطن، وفوق الفصيلة، وهو مذكر لأنه بمعنى النفر، والفخذ من الأعضاء مؤنثة، والجمع فيها أفخاذ... اهـ.

وفي "المصباح": الفخذ آخر القبائل أولهما الشعب، ثم القبيلة، ثم الفصيلة، ثم العمارة، ثم البطن، ثم الفخذ، وقال: في غير الفصيلة بعد الفخذ. (البحر والزيلعي)

(٣) أي في الفصلين فصل الشهاد على الشهادة وفصل كتاب القاضي إلى القاضي.

(٤) قوله: "يشهر" فيبعث السوقي إلى السوق وغيره إلى قومه أجمع ما كانوا، ويقول: إنا وجدنا هذا شاهد الزور فاحذروه، وحذّروا الناس منه. (الكشف)

(٥) قوله: "ولا يعزر" وقالا: يضرب ويحبس؛ لأن عمر رضي الله تعالى عنه ضرب شاهد الزور أربعين **سوطًا وسخم وجهه، ولأن هذه** كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد، وليس فيها حد مقرر فيعزر.

وله أن شريحًا كان يشهر ولا يضربه، ولأن الانزجار يحصل بالشهير، فيكتفي به، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر، ولكنه يقع مانعًا عن الرجوع، فوجب التخفيف نظرًا إلى هذا الوجه، وحديث عمر محمول على السياسة بدلالة التلبيغ أي الأربعين والتسخيم.

وفي "السراجية": الفتوى على قوله، ورجح في "فتح القدير" قولهما، وقال: إنه الحق. (البحر)

أي في باب أحكام الرجوع

باب[1] الرجوع عن الشهادة

أي قاض كان — أي الشاهدان

لا يصح[2] الرجوع عنها إلا عند قاض فإن رجعا قبل

أي قبل حكم القاضي بشادتهما — بها — الحكم أي الشاهدان اللذان رجعا. — من المال

حكمه لم يقض[3] وبعده[4] لم ينقض وضمنا[5] ما أتلفاه

وهو المدعى عليه — إنما قيد بالقبض؛ لأن الإتلاف به يتحقق — أي سواء كان دينًا أو كان عينًا

للمشهود عليه إذا قبض المدعى المال دينا أو عينا، فإن[6] رجع

---

(١) قوله: "باب" وجه المناسبة لما قبله وتأخيره عنه ظاهر؛ لأن الرجوع عن الشهادة يقتضي سبق وجودها، وهو أمر مشروع مرغوب فيه ديانة؛ لأن فيه خلاصًا عن عقاب الكبيرة، وترجم بالباب مخالفًا للهداية، إذ ليس له أبواب متعددة، وهو وإن كان رفعًا للشهادة، لكنه داخل تحتها، كدخول النواقض في الطهارة. (المجمع بحذف)

(٢) قوله: "ولا يصح" لأنه فسخ للشهادة فيختص بما يختص بالشهادة من مجلس القاضي؛ ولأن الرجوع توبة، وهي على حسب الجناية، فالسر بالسر والإعلان بالإعلان أطلقه، فشمل القاضي المشهود عنده وغيره، فإذا لم يصح الرجوع عند غير القاضي ولو شرطيًا، كما في "فتح القدير"، وادعى المشهود عليه رجوعهما، وأراد يمينهما لا يحلفان، وكذا لا تقبل بينته عليهما؛ لأنه ادعى رجوعًا باطلا، حتى لو أقام بينة أنه رجع عند قاضي كذا، وضمنه المال تقبل؛ لأن السبب صحيح. (البحر)

(٣) لأن القاضي لا يقضي لكلام متناقض.

(٤) قوله: "وبعده [أي بعد حكم القاضي بشهادتهما]" أي إذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم؛ لأن كلامهما متناقض، فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالتناقض؛ لأنهما مستويان في الدلالة على الصدق، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به. (الزيلعي)

(٥) قوله: "وضمنا" وقال الشافعي: لا يضمنان؛ لأنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة، قلنا: تعذر إيجاب الضمان على المباشر، وهو القاضي؛ لأنه كالملجأ في القضاء، وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده، وتعذر استيفاءه من المدعي؛ لأن الحكم ماض، فاعتبر التسبيب والسبيب على وجه التعدي سبب للضمان، كحافر البير، وقد صارا سببًا للإتلاف تعديًا حيث جعلا القضاء سببًا له. (الكشف مع تصرّف)

(٦) قوله: "فإن" أي فإن رجع أحدهما، أي أحد الشاهدين عن شهادته في دعوى حق بعد القضاء ضمن الراجع نصفًا، إذ بشهادة كل منهما يقوم نصف الحجة، فبقاء أحدهما على الشهادة تبقى الحجة في النصف، فيجب على الراجع ضمان ما لم تبقَ الحجة فيه، وهو النصف. (المجمع)

أحدهما ضمن النصف، والعبرة[1] لمن بقي لا لمن رجع، فإن شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن، وإن رجع آخر ضمنا[2] النصف، وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت[3] الربع، وإن رجعتا ضمنتا[4] النصف، وإن شهد رجل وعشرة نسوة فرجعت ثمان لم يضمن، فإن رجعت أخرى ضمن[5] ربعه، فإن رجعوا، فالغرم بالأسداس[6]، وإن شهد رجلان عليه، أو عليها بنكاح بقدر

(في باب الضمان — من الشهود — أي الأول والثاني — أنفس — شيئًا — منهم — واحدة — من المال — لبقاء نصف الحق ببقاء الرجل — من النسوة — لبقاء النصاب (ف ك) — أي امرأة أخرى والمسألة بحالها — بتشديد النون (ف ك) — أي التسع — أي الرجل والنساء — أي الضمان — يعني سدسه على الرجل، وخمسة أسداسه على النسوة (س م) — أي على الرجل — أي أو على المرأة)

(١) قوله: "والعبرة" هذا هو الأصل في باب الرجوع عن الشهادة، ولو لا ذلك لوجوب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق، بأن بقي النصاب، ولا يقال: لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة، فوجب أن لا يبقى به أيضًا؛ لأنا نقول: يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة، وإن لم يثبت به ابتداء، كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب، وإن لم ينعقد به ابتداء. (الزيلعي)

(٢) قوله: "ضمنا" لأنه لما رجع الأول لم يظهر أثره، فلما رجع آخر ظهر أثره؛ لأنه لم يبقَ إلا من يقوم به النصف. (البحر)

(٣) لبقاء ثلاثة أرباع الحق ببقاء رجل وامرأة.

(٤) قوله: "ضمنتا" ولو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة، فعليهما الربع أثلاثًا، وإن رجع رجلان، فعليهما النصف، وإن رجعت امرأتان فلا شيء عليهما. (البحر)

(٥) لبقاء رجل وامرأة.

(٦) قوله: "بالأسداس" أي رجع الرجل والعشر نسوة، فالسدس على الرجل، وخمسة الأسداس على النسوة، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما على الرجل النصف، وعلى النسوة النصف؛ لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد، وله أن كل امرأتين مقام رجل واحد للحديث: عدلت شهادة كل اثنين منهن بشهادة رجل واحد، وإن رجعت العشر فقط فعليهن نصف الحق اتفاقًا، كما إذا رجع الرجل وحده. (البحر)

أى على مثله أى الزيادة على مهر المثل
مهر مثلها ورجعا لم يضمنا(١)، وإن زادا(٢) عليه ضمناها، ولم
إذا كان المدعى مشتريًا، أما إذا كان بائعًا فلا
يضمنا(٣) فى البيع(٤)، إلا ما نقص من قيمته المبيع، وفى(٥)
أى قبل الدخول أى الشاهدان بالرجوع للزوج أى الشاهدان
الطلاق قبل الوطء ضمنا نصف المهر، ولم يضمنا لو بعد
أى لو رجعا بعد الشهادة فى العتق بأنه أعتق عبده، وحكم به الحاكم ف عندنا (ف)
الوطء(٦)، وفى العتق(٧) ضمنا القيمة وفى القصاص(٨) ضمنا

---

(١) لأنهما أتلفا شيئًا بعوض يقابله، والإتلاف بتعوض كلا الإتلاف.

(٢) قوله: "وإن زاد" أى إن زاد على مهر المثل ضمنا الزيادة، هذا إذا كانت هى المدعية للنكاح، وهو ينكر؛ لأنهما انتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض، ولم يذكر الحكم فيما إذا شهدا عليها بالنكاح بأقل من مهر المثل، فحكمه أنهما لا يضمنان لها شيئًا؛ لأن منافع البضع غير متقومة عند الإتلاف، فلا يضمن بالمتقدم، إذ التضمين يستدعى المماثلة، وإنما يضمن ويتقوم بالتمليك ضرورة إبانة خطر المحل. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولم يضمنا" فلو شهدا على البائع بمثل القيمة أو أكثر فلا ضمان؛ لأنه إتلاف بعوض، وإن شهدا به بأقل من قيمته ضمنا النقصان؛ لأنه بغير عوض. (البحر)

(٤) بأن شهدا على البائع أنه باع، ثم رجعا عن الشهادة، لم يضمنا له.

(٥) قوله: "وفى" يعنى إذا شهدا بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها، ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر؛ لأنهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط؛ لأن احتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت، فيحتمل أن يوجد ذلك منها، فيسقط المهر به، وللتأكيد حكم الإيجاب، فصار كأنهما أوجبا عليه، ألا ترى أن المحرم إذا أخذ صيدًا فقتله آخر فى يده يلزم الآخذ الجزاء، ثم يرجع به على القاتل؛ لأنه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبب وللتقرير حكم الإيجاب. (الزيلعى)

(٦) قوله: "بعد الوطء" يعنى شهدا أنه طلقها بعد ما دخل بها فقضى بشهادتهما، ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا؛ أن المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما. (الزيلعى)

(٧) قوله: "وفى العتق" أى إذا شهدا بإعتاق عبد، فحكم الحاكم بعتقه، ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده؛ لأنهما أتلفا عليه مالية العبد من غير عوض، والولاء للذى شهدا عليه بالعتق؛ لأن العتق لا يتحول إليهما بهذا الضمان، فلا يتحول الولاء، ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى؛ لأن الولاء ليس بمال متقوم، بل هو كالنسب، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»، فلا يكون الضمان بدلا عنه، بل عما أتلفا عليه من ملك المال، وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين؛ لأنه ضمان إتلاف الملك، بخلاف ضمان الإعتاق لأنه لم يتلف إلا ملكه، ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه، فأوجب الشارع عليه المؤاساة صلة،

الديّة ولم يقتصا، وإن رجع شهود الفرع ضمنوا(١)، لا(٢) أي الشاهدان

شهود الأصل بلَم نُشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم

وغلطنا، ولو رجع الأصول والفروع ضمن(٣) الفروع فقط، م د أي لا الأصول

ولا يلتفت(٤) إلى قول الفروع كذب الأصول أو غلطوا، يعني بعد الحكم بشهادتهم في شهادتهم

وضمن(٥) المُزكي بالرجوع(٦) وشهود(٧) اليمين والزنا لا(٨) أو يضمن شهود اليمين أي لا يضمن

والصلات تجب على الموسر دون المعسر، كالزكاة ونفقة الأقارب. (الزيلعي)

(٨) قوله: "وفي القصاص [أي ولو رجعا بعد الشهادة في القصاص، بأن شهدا أنه قتل فلانًا عمدًا، فقضى به فقتل]" أي ضمن شاهدا القصاص برجوعهما بعد الاستيفاء دية المشهود عليه، ولا يقتص منهما، وقال الشافعي: يقتص منهما لوجود القتل تسبيبًا، فأشبه المكره، بل أولى؛ لأن الولي يعان، والمكره يمنع، ولنا أن القتل مباشرة لم يوجد، وكذا تسببًا؛ لأن السبب ما يقتضي إليه غالبًا، ولا يقضي؛ لأن العفو مندوب، بخلاف المكره؛ لأنه يؤثر حياته ظاهرًا. (البحر)

(١) لأن الشهادة في مجلس القضاء، إنما صدرت منهم، فأضيف التلف إليهم.

(٢) قوله: "لا" أي لا يضمن شهود الأصل بقولهم: لم نشهد شهود الفروع، أو بقولهم: أشهدناهم، وغلطنا، أما في الأولى فإنهم أنكروا السبب، وهو الإشهاد، فلا يبطل القضاء؛ لأنه خبر محتمل، فصار كرجوع الشاهد، بخلاف ما قبل القضاء، وأما في الثانية فهو قولهما.
وقال محمد: يضمنون؛ لأن الفروع نقلوا شهادة الأصول، فصار كأنهم حضروا، ولهما أن القضاء وقع بشهادة الفروع؛ لأن القاضي يقضي بما يعاين من الحجة، وهي شهادتهم، وقدمنا أن الاختلاف مبني على أن الإشهاد على الشهادة إنابة، وتوكيل عندهما، وعنده تحميل. (البحر والزيلعي)

(٣) قوله: "ضمن" وهذا عندهما؛ لأن القضاء وقع بشهادتهم، وعند محمد المشهود عليه بالخيار إن شاء ضمن الأصول، وإن شاء ضمن الفروع. (البحر مع زيادة)

(٤) قوله: "ولا يلتفت" لأن ما أمضى من القضاء لا ينتقض بقولهم، فلا يجب الضمان عليهم؛ لأنهم ما رجعوا عن شهادتهم، إنما شهدوا على غيرهم بالرجوع. (البحر)

(٥) قوله: "وضمن" خلافًا لهما، له أن التزكية إعمال للشهادة، إذ القاضي لا يعمل بهما إلا بالتزكية، فصارت بمعنى علة العلة، بخلاف شهود الإحصان؛ لأنه شرط محض. (الكشف)

(٦) عن التزكية مع علم يجوز بكونهم عبيدًا خلافًا لهما، أما مع الخطأ فلا إجماع.

أى ولا شهود الشرط (ف)
شهود الإحصان والشرط[1].

---

(٧) قوله: "وشهود" أى وضمن شهود اليمين بأن قالا: إنه قال لعبده: إن دخلت الدار فأنت حر، أو قال لامرأته: إن دخلت الدار فأنت طالق، وهى غير مدخول بها، وشهد آخران بوجود الشرط، أى دخول الدار، ورجع الفريقان بعد الحكم، فالضمان على شهود اليمين لا شهود الشرط، فيضمنان قيمة العبد ونصف المهر؛ لأنهم شهود العلة، إذ التلف إنما حصل بالإعتاق والتطليق، وهم الذين أثبتوا تلك الكلمة، والتعليق بالشرط كان مانعًا، فعند وجود الشرط أضيف التلف إلى علته لزوال المانع. (الطحاوى)

(٨) قوله: "لا" صورته: أن يشهد أربعة بالزنا ويشهد آخران أنه محصن، ثم رجعوا، فالضمان على شهود الزنا؛ لأنه علة، ولا ضمان على شهود الإحصان؛ لأنه علامة وليس بشرط حقيقة. (الطحطاوى)

(١) قوله: "والشرط" أى لا يضمن شهود الشرط، أى وجوده بأن شهدا أن العبد قد دخل الدار، أو المرأة، وهذا لأن قوله: أنت حر مباشرة لإتلاف المالية عند وجود مباشرة الإتلاف يضاف الحكم إليه دون الشرط. (الطحطاوى)

بفتح الواو وكسرها : اسم من التوكيل فى اللغة

كتاب[١] الوكالة

صحّ[٢] التوكيل وهو إقامة الغير مقام نفسه فى التصرف[٣] ممّن يملكه[٤] إذا كان[٥] الوكيل ممن يعقل العقد ولو صبيا أو

أى ولو كان الوكيل صبيًا.

---

(١) مناسبته أن كلا من الشاهد والوكيل ساعٍ فى تحصيل مراد غيره .

(٢) قوله : "صح" دفعًا للحاجة ؛ لأنه قد يعجز الإنسان عن التصرف بنفسه ، وقد صح أن النبى عليه الصلاة والسلام وكّل بالشراء حكيم بن حزام . (الكشف)

قال فى حاشية "الكشف" : رواه أبو داود بسند فيه مجهول ، ورواه الترمذى من حديث حبيب بن ثابت عن حكيم رضى الله عنه ، ثم قال : لا تعرفه إلا من هذا الوجه ، وأحبيب لم يسمع عندى من حكيم إلا أن هذا داخل فى المرسل عندنا ، فصدق قول المصنف لأن حبيبًا إمام ثقة .

(٣) أى الجائز المعلوم ، حتى إن التصرف إذا لم يكن معلومًا ثبت ، أو فى التصرفات ، وهو الحفظ فيما إذا قال : وكلتك بمالى .

(٤) قوله : "ممن يملكه" اعلم أما أولا أن الضمير المنصوب عائد إلى محل التصرف ، كالمال فى البيع لا على التصرف ، وإلا لكان قوله بكل ما يعقد لغوا ؛ لأن العقود والخصومة وإيفاء الحقوق واستيفاءهما تصرفات ، واحترز بهذا القيد عن التوكيل باصطياد والصيد ، وأخذ سائر المباحات ، وهذا إن اعتبرنا قوله : إذا كان الوكيل . . . إلخ من تمام التعريف ، وأما إن اعتبرنا تمام التعريف عند قوله : ممن يملكه ، وما بعده لبيان حكمه ، والتقدير : ويصح إذا كان الوكيل يعقل العقد ، أى أنه سالب بالنسبة إلى كل من العاقدين ، وجالب بالنسبة إلى كل منهما ، فالضمير عائد على نفس التصرف .

وأما ثانيًا : فإنه أورد عليه إيرادات ، الأول : توكيل المسلم ذميًا ببيع خمر أو خنزير ، وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد ، فإنه صحيح عنده ، ولا يملكه الموكل ، فقال فى "الكشف" : هذا القيد إنما يعتبر على قولهما فقط ، أو هذه قاعدة فلا يرد أن المسلم لا يملك بيع الخمر ، ويملك توكيلا ؛ لأن إبطال القواعد إنما يكون بإبطال طردها لاعكسها ، وقال فى البحر أنه يملكه بأصل التصرف ، وإن امتنع لعارض النهى .

والثانى العبد المأذون فى تزويج نفسه لا يملك التوكيل مع أنه يملك أن يتزوج بنفسه ، والجواب أنه بمنزلة الوكيل عن سيده ، وإن كان عاملا لنفسه ، والوكيل لا يوكل إلا بإذن أو تعميم .

والثالث : لو قال : بع عبدى هذا بعبد صحّ ، ولو قال : اشتريت منك هذا بعبد لم يصح ، وأجيب بأن المنع للجهالة فى المباشرة للإفضاء إلى المنازعة لا لذاتها ، ولذا لم يمتنع فى بيع قفيز من صبرة ، ولا يفضى إليها فى الوكالة. (عز)

(٥) بيان للشرط فى الوكيل ، فلا يصح توكيل غير العاقل .

أى بكل شيء جائز أن يعقده بنفسه — وصح التوكيل أيضًا بالخصومة...إلخ

عبدًا محجورا بكل ما يعقده بنفسه وبالخصومة[١] فى

أى بشرط رضاه (س م ف) — لا يستطيع أن يمشى إلى مجلس القضاء

الحقوق برضاء الخصم إلا[٢] أن يكون الموكل مريضًا، أو غائبًا

وهو ثلاثة أيام — يعنى ليس لها عادة بالبروز. — أى وصح التوكيل أيضًا بإيفاءها

مدة السفر، أو مريدًا للسفر، أومخدرة، وبإيفاءها[٣]

قصاص (ف) — مبتدأ قوله: تتعلق به

واستيفاءها إلا[٤] فى حدّ وقود إن غاب الموكل، والحقوق[٥]

عند العقد

فيما يضيفه الوكيل إلى نفسه كالبيع والإجارة والصلح عن

ف ز ك

إقرار تتعلق[٦] بالوكيل إن لم يكن محجوراً، كتسليم[٧] المبيع

---

(١) قوله: "وبالخصومة" أى يجوز التوكيل بالخصومة فى جميع الحقوق بشرط أن يرضى الخصم، إلا إذا كان معذورا من الأعذار التى ذكرها، فحينئذٍ يجوز بغير رضا الخصم، وهذا عند أبى حنيفة.

وقالا: يجوز بغير رضاه، ولا خلاف فى الجواز، إنما الخلاف فى اللزوم، لهما أن التوكيل تصرف فى خالص حقه، فلا يتوقف على رضا غيره، كالتوكيل بتقاضى الدين، وله أن الجواب مستحق على الخصم، ولهذا يستحضره، والناس متفاوتون فى الخصومة، فلو قلنا: بلزومه يتضرر به، فيتوقف على رضاه، كالعبد المشترك إذا كاتبه أحدهما يتخير الآخر، بخلاف المريض والمسافر؛ لأن الجواب غير مستحق عليهما هنالك، ومريده كهو لتحقيق الضرورة والمخدرة لو حضرت لا يمكنها أن تنطق بحقها لحياءها، فيلزم توكليها، وهذا شيء استحسنه المتأخرون. (المجمع مع زيادة)

(٢) استثناء من قوله برضا الخصم، يعنى بشرط رضا الخصم إلا عند كون الموكل أيضًا . . . إلخ.

(٣) قوله: "وبإيفاءها" أى يصح التوكيل بإيفاء جميع الحقوق واستيفاءها إلا بالحدود والقصاص؛ لأن كلا منهما يباشره الموكل بنفسه، فيملك التوكيل به، بخلاف الحدود والقصاص، فإنها تندرئ بالشبهات، وشبهة العفو ثابتة فى حال غيبة الموكل قد عفا، بل هو الظاهر، إذ العفو مندوب إليه، بخلاف ما إذا كان الموكل حاضرًا؛ لأنه لا تتمكن فيه شبهة العفو، وقد يحتاج الموكل إلى ذلك لقلة هدايته فى الاستيفاء. (الزيلعى بحذف والبحر)

(٤) قوله: "إلا" استثناء منهما لكن فى الإيفاء على إطلاقه، وفى الاستيفاء مقيد بما إذا كان الموكل غائبا، وأما إذا كان حاضرا أو أمر باستيفاءه فإنه يجوز. (البحر)

(٥) يتعلق بمحذوف تقديره: والحقوق الكائنة فى الشيء الذى يضيفه . . . إلخ.

(٦) قوله: "تتعلق" وقال الشافعى: تتعلق بالموكل؛ لأن الحقوق تبع للحكم، وليست بأصل،

إذا كان الوكيل مشتريًا. إذا كان الوكيل بائعًا.

وقبضه وقبض الثمن، والرجوع[١] عند الاستحقاق والخصومة[٢] فى العيب والملك[٣] يثبت للموكل (لا للوكيل) ابتداءً حتى لا يعتق قريب الوكيل (مثل أبيه وأمه) بشراءه، وفيما[٤] (الوكيل أى والحقوق فيما...إلخ) يضيفه إلى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد، وعن إنكار

والوكيل ليس بأصل فى حق الحكم، فلا يكون أصلا فى حق الحقوق التى هى من توابع الحكم، فصار كالرسول والوكيل بالنكاح وأخواته.

ولنا: أن الوكيل أصل فى العقد؛ لأن العقد يقوم بالكلام، وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا، فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعًا له غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم، جعلناه نائبًا فى حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده، وراعينا الأصل فى حق الحقوق، إذ لا ضرورة فى حقها.

والدليل على أنه أصل فى العقد استغناءه عن إضافة إلى الموكل، ولو كان سفيرًا، كما زعم لما استغنى عن إضافة إليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح وأخواته، حتى إذا أضافه إلى نفسه كان له دون الموكل، بخلاف ما نحن فيه، فإنه لا يتعذر إضافة العقد إليه، وإيقاع الحكم للموكل، فإذا أضافه إليه كان أصيلا فيه، فيقع له فيما لا ضرورة فيه، وهى الحقوق من تسليم المبيع، وقبضه، وقبض الثمن، وتسليمه، والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع، أو رجوعه هو ما لثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى، والخصومة فى العيب، وغير ذلك من حقوق العقد. (الزيلعى)

(٧) قوله: "كتسليم المبيع . . . إلخ" مثال للحقوق التى تتعلق بالوكيل فيما يضيفه إلى نفسه، فإن تسليم المبيع يجب على الوكيل إذا كان بائعًا. (العينى)

(١) أى رجوع الوكيل بالشراء بالثمن على البائع عند ظهور المستحق للمبيع، وكذا الرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع.

(٢) أى خصومة الوكيل بالشراء مع البائع فى ظهور العيب مع المبيع.

(٣) قوله: "والملك" دفع لما يتوهم من أن الحقوق لما ثبتت للوكيل أصالة وخلفه الموكل فيها ينبغى أن يكون الحكم كذلك، وقد اختلف أصحابنا فيها، فقال الكرخى: يثبت للوكيل، ثم ينتقل إلى الموكل، وقال أبو طاهر: يثبت للموكل ابتداء، وهو الأصح، ولهذا لو كان المشترى منكوحة الوكيل لا يفسد نكاحه، ولا تعتق عليه. (البحر)

(٤) قوله: "وفيما" أى فى كل عقد يضيفه إلى الموكل فحقوقه بالموكل، وذلك كالنكاح . . . إلخ؛ لأن الوكيل فى هذه العقود سفير محض، والسفير حاك قول غيره، ومن حكى قول غيره لا يلزمه حكم ذلك القول، كمن حكى قذف غيره، فإنه لا يكون قاذفًا، ومن حكى كفر غيره لا يكون كافرًا. (الزيلعى وشرح النقاية)

أى وكيل الزوج أى وكيل المرأة

يتعلق بالموكل، فلا يطالب وكيله بالمهر[١]، ووكيلها

أى بتسليم المرأة التى زوّجها منه

بتسليمها وللمشترى[٢] منع الموكل عن الثمن،

المشترى الثمن أى إلى الموكل فى المسألة المذكورة

وإن دفع إليه صح، ولا يطالبه[٣] الوكيل ثانيًا.

باب[٤] الوكالة[٥] بالبيع والشراء

أى أمر رجل رجلا

أمره بشراء ثوب هروى[٦] أو فرس أو بغل صح[٧]، سمّى

أى أو لم يسمّ أى ولو أمره بشراء التوكيل أى وإن لم يسمّ الثمن لا يصح

ثمنا أولا، وبشراء عبد أو دار صح إن سمّى[٨] ثمنا، وإلا

(١) أى بمهر المرأة التى تزوجت بالموكل.

(٢) قوله: "وللمشترى" يعنى إذا وكل رجل رجلا ببيع شىء فباعه، ثم إن الموكل طالب المشترى بالثمن له منعه؛ لأن الموكل أجنبى عن العقد وحقوقه؛ لأنها تتعلق بالعاقد على ما بينا. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولا يطالبه" لأن نفس الثمن للمقبوض حق الموكل، وقد وصل إليه، ولا فائدة فى أخذه منه، ثم دفعه إلى الوكيل ليدفعه إليه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "باب" أفردهما بباب على حدة لكثرة الاحتياج إليهما، وقدم الشراء على البيع لأن الشراء ينبئ عن الإثبات، والبيع عن الإزالة بعد الإثبات، أو الشراء يتحقق بالموجود والمعدوم، والبيع لا يتحقق إلا فى الموجود. (البحر)

(٥) قوله: "الوكالة" الأصل أنها إن عمت -كأن يقول: ابتع ما رأيت يصح؛ لأنه فوّض الأمر إلى رأيه، فأى شىء يشتريه يكون تمثيلا- أو علمت بأن علم الموكل فيه للوكيل والموكل، أو جعلت جهالة يسيرة، وهى جهالة النوع المحض، كفرس صحت، وإن فاحشة، وهى جهالة الجنس، كدابه بطلت، وإن متوسطة كعبد، فإن بيّن الثمن أو الصفة كتركى صحت، وإلا لا. (الدر المختار والطحطاوى)

(٦) أى منسوب إلى هراة مدينة بخراسان فتحت زمن عثمان رضى الله عنه.

(٧) قوله: "صح" لأنه لم يبقَ إلا جهالة الصفة، وهى محتملة فيها استحسانًا؛ لأن مبناها على التوسعة لكونها استعانة، وفى اشتراط بيان الوصف بعض الحرج وهو مدفوع. (البحر)

(٨) قوله: "وإن سمى" لأن هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع، وليست بفاحشة، ولا يسيرة، فإذا بيّن ثمنه علم من أى نوع مقصوده؛ لأن ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس، والتحق بجهالة النوع بذلك، فجازت الوكالة به، وإن لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس، فلم تجز الوكالة به. (الزيلعى)

أى ولو أمره بشراء — أى لا يصح وصلية — أي ولو أمره بشراء...إلخ

لا، وبشراء ثوب أو دابة لا[١] وإن سمّى ثمنا وبشراء[٢] طعام

ف ك د — أى ويجوز للوكيل...إلخ — أى رد المبيع

يقع على البرّ ودقيقه وللوكيل الردّ[٣] بالعيب ما دام

وهو الموكل — أى إلا بأمر الموكل

المبيع فى يده، فلو سلّمه إلى الآمر لا يردّه[٤] إلا بأمره،

أى الذى اشتراه على الموكل (ز ف ك د) أى لأجل الثمن

وحبس[٥] المبيع لثمن دفعه من ماله، فلو هلك

لأن يده كيد الموكل، فإذا لم يحبس يكون الموكل، فأيضًا بيده

فى يده قبل حبسه، هلك من مال الموكل، ولم يسقط الثمن،

فى يد الوكيل — أى فحكمه فى الشك س ز ف ك د — لأنه العاقد

وإن هلك بعد حبسه فهو كالمبيع[٦]، ويعتبر[٧] مفارقة الوكيل

---

(١) قوله: "لا" لو وكله بشراء دابة، أو ثوب لا يصح التوكيل للجهالة الفاحشة، فإن الدابة لغة اسم لما يدب على وجه الأرض، وعرفًا للخيل والبغل والحمار، فقد جمع أجناسًا، وكذا الثوب لا يتناول الملبوس من الأطلس إلى الكساء، ولهذا لا يصح تسميته مهرا، وإذا اشترى الوكيل وقع الشراء له. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "وبشراء" أى لو وكله بشراء طعام ينصرف إلى الحنطة، ودقيقها حتى لا يكون له أن يشترى له غيرهما من الطعام، والقياس أن يقع على كل مطعوم اعتبارًا للحقيقة، كما فى اليمين على الأكل، إذ الطعام اسم لما يطعم وجه الاستحسان أن العرف أملك، وهو على ما ذكرناه، إذا ذكر مقرونًا بالبيع والشراء ولا عرف فى الأكل فبقى على الوضع. (البحر والزيلعى)

(٣) الرد يعنى من غير أمر الموكل؛ لأن الرد بالعيب من حقوق العقد هى كلها تتعلق بالوكيل، دون الموكل فيستبد به. (الزيلعى)

(٤) بالعيب؛ لأن حكم الوكالة قد انتهى التسليم.

(٥) قوله: "وحبس [أى وللوكيل أيضًا حبس. . . إلخ]" أى الوكيل بالشراء إذا اشترى، ودفع الثمن من ماله للبائع له أن يحبس المبيع بالثمن الذى دفعه للبائع من ماله؛ لأنه انعقد بينهما مبادلة حكمية، ولهذا لو اختلفا فى الثمن يتحالفان فى الثمن، ويرد الموكل بالعيب على الوكيل، وقد سلمه المشترى للموكل من جهة الوكيل، فيرجع عليه. (البحر والزيلعى)

(٦) قوله: "كالمبيع" هذا عند أبى حنيفة ومحمد، قلّت قيمة أو كثرت، وهو ضمان المبيع إذا هلك فى يد البائع، وعند زفر يضمن ضمان الغصب؛ لأنه صار غاصبًا بحبس ما ليس له حبسه، فيضمن جميع قيمته إن كان قيميًا، وعند أبى يوسف ضمان الرهن حتى إن كان فيه وفاء بالثمن يسقط، وإن لم يكن فيه وفاء يرجع الوكيل بالفضل على الوكل؛ لأنه مضمون بالحبس للاستيفاء كالرهن، ولهما أن

في الصرف والسلم دون الموكل، ولو وكّله بشراء عشرة

الوكيل أي من اللحم الذي

أرطال لحمٍ بدرهم، فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع مثله

أرطال في هذا المبيع أرطال س م ف ك د

عشرة بدرهم لزم(١) الموكل منه عشرة بنصف درهم، ولو

أي شخصًا بأن وكله أن يشترى هذا العبد، أو هذه الدابة مثلا الوكيل

وكّله بشراء شيء بعينه لا يشتريه(٢) لنفسه، فلو

الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى، وهلاك المبيع فى يد البائع يسقط الثمن، فكذا هذا قيد الهلاك ببعد الحبس؛ لأنه قبل الحبس تقرر الثمن على الموكل. (شرح النقاية وزيادة)

(٧) قوله: "ويُعتبر" فيبطل العقد إن فارق الوكيل صاحبه قبل القبض بوجود الافتراق عن غير بوجود الافتراق عن غير قبض، ولا اعتبار بمفارقة الموكل؛ لأنه ليس بعاقد، والمستحق بالعقد قبض العاقد، وهو الوكيل، فيصح قبضه وإن كان لا يتعلق به الحقوق كالصبى والعبد المحجور عليه، ولذا أطلقه المؤلف رحمه الله، واستفيد من وضع المسألة، صحة الوكيل بهما؛ لأن كلا منهما مما يباشره الموكل فيوكل فيه، وهو فى الصرف مطلق من الجانبين، وأما فى السلم فيجوز من جانب رب السلم بدفع رأس المال، أو بقبول السلم، ولا يجوز من جانب المسلم إليه بأخذ رأس المال؛ لأن الوكيل إذا قبض رأس المال، بقى المسلم فيه فى ذمته، وهو بيع، ورأس المال ثمنه، ولا يجوز أن يبيع الإنسان ماله بشرط أن يكون ثمنه لغيره، كما فى بيع العين، وإذا بطل التوكيل، كان الوكيل عاقدًا لنفسه، فيجب المسلم فيه فى ذمته، ورأس المال مملوك، وإذا سلمه إلى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضًا، فلو قال المؤلف رحمه الله تعالى: والسلام بدل السلم لكان أولى؛ لأن الإسلام خاص من رب السلم. (البحر)

(١) قوله: "لزم" وهذا عند أبى حنيفة، وقالا يلزم العشرون؛ لأنه أمره بصرف الدرهم فى اللحم، وظن إن سعره عشرة أرطال، فإذا اشترى به عشرين، فقد زاده خيرًا، وصار كما إذا وكله ببيع عبده بألف، فباعه بألفين؛ ولأبى حنيفة أنه أمره بشراء عشرة، ولم يأمره بشراء الزيادة، فنفذ شراءها عليه، وشراء العشرة على الموكل، بخلاف ما استشهدا به؛ لأن الزيادة هناك بدل ملك الموكل، فتكون له.

قيّد بالزيادة الكثيرة؛ لأن القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل لازمة للآمر؛ لأنها تدخل بين الوزنين، فلا يتحقق حصول الزيادة، وقيّد بقوله: مما يباع... إلخ؛ لأنه لو اشترى ما يساوى عشرين منه بدرهم صار مشتريًا لنفسه إجماعًا؛ لأنه خلاف إلى شر؛ لأن الأمر تناول السمين، وهذا مهزول، فلم يحصل مقصود الآمر، وقيّد بالموزونات؛ لأن فى القيميات لا ينفذ شيء على الموكل إجماعًا، فلو وكله بشراء ثوب هروى بعشرة، فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة مما يساوى كل واحد منهما عشرة، لم يلزم الموكل؛ لأن ثمن كل واحد منهما مجهول إذا لا يعرف إلا بالحرز، بخلاف اللحم؛ لأنه موزون مقدر، فيقسم الثمن على أجزاء. (البحر)

(٢) قوله: "لا يشتريه" أى لا يقع له بل يقع له للموكل؛ لأن فيه عزل نفسه، فلا يمكنه إلا بمحضر

الوكيل بأن اشترى بالعرض أو الحيوان أى أو اشتراه بخلاف. العقد
اشتراه بغير النقود، أو بخلاف ما سمّى له[١] من الثمن وقع
لأنه خالف أمره فنفذ عليه يقع وقت الشراء
للوكيل، وإن[٢] كان[٣] بغير عينه، فالشراء للوكيل إلا أن ينوى
المأمور هذا أى الموكل
للموكل، أو يشتريه بماله، وإن قال[٤]: اشتريت للآمر، وقال
أى اشتريته لنفسك إن لم يكن الثمن مدفوعًا إلى الوكيل الموكل أى إلى الوكيل
الآمر لنفسك فالقول للآمر، وإن كان دفع إليه الثمن،
أى فالقول للمأمور بالإجماع رجل لآخر العبد مثلا أى فباع فلان العبد المشترى أى أمر فلان
فللمأمور، وإن قال: بعنى هذا لفلان فباعه، ثم أنكر الآمر

الموكل، ولأن فيه تقرير الآمر حيث اعتمد عليه. (الكشف بحذف)

(١) بأن قال بألف مثلا، فاشتراه بألفين.

(٢) قوله: "وإن" أى إن وكّله بشراء عبد بغير عينه، فاشترى عبدًا، فهو للوكيل إلا إذا قال: نويت الشراء للموكل، أو يشتريه بماله، والمراد بقوله: أو يشتريه بماله أن يضيف العقد إليه، وهذا بالإجماع. (الزيلعى والكشف)

(٣) أى وإن كان وكّله لشراء شىء بغير عينه فاشتراه.

(٤) قوله: "وإن قال" معناه أمره بأن يشترى له عبدًا بألف مثلا، ثم قال المأمور اشتريت لك عبدًا، أو قال الآمر: اشتريته لنفسك، كان القول قول الآمر إن لم يكن الثمن مدفوعًا إلى الوكيل، وإن كان مدفوعًا إليه، كان القول للمأمور؛ لأنه فى الوجه الأول أخبر عما لا يملك استئنافه، وهو الرجوع بالثمن على الآمر، وهو ينكر، والقول للمنكر، وفى الوجه الثانى هو أمين يريد الخروج عن عهدة الأمانة، فيقبل قوله.

أطلقه: فشمل ما إذا كان العبد ميتًا أو حيًا، ولا خلاف فى الأول أنه على التفصيل المذكور، وفى الثانى اختلاف، فقال الإمام هو الأعظم كذلك على التفصيل، وقالا: القول للمأمور، وإن لم يكن الثمن منقودًا؛ لأنه يملك استئناف الشراء، فلا يتهم فى الإخبار عنه، وله أنه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه، فإذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر، بخلاف ما إذا كان الثمن منقودًا؛ لأنه أمين فيه، فيقبل قوله تبعًا لذلك، ولا ثمن فى يده هنا، وذكره هذه عقيب مسألة التوكيل بغير العين، دليل على أن الاختلاف فيه قيد به؛ لأنه لو وكله بشراء عبد بعينه، ثم اختلفا والعبد حيّ، فالقول للمأمور، سواء كان الثمن منقودًا أو غير منقود إجماعًا؛ لأنه أخبر عما يملك استئنافه، ولا تهمة فيه؛ لأن الوكيل بشراء شىء بعينه لا يملك شراء لنفسه بمثل ذلك الثمن فى حال غيبته على مامر، بخلاف غير المعين على، قوله وإن كان ميتًا، فكما إذا كان غير معين من أنه إذا كان غير منقود، فالقول للآمر، وإلا فللمأمور. (البحر والزيلعى)

أى العبد فلان المشترى له أى بالشراء
أخذه(١) فلان إلا(٢) أن يقول: لم آمره به إلا أن يسلّمه(٣)
أى إلى فلان المشترى له أى وإن أمر شخص شخصًا معينين حالية
المشترى إليه، وإن أمره بشراء عبدين عينين ولم يُسمّ ثمنًا،
المأمور أى للآمر الشراء أى ولو أمره بشراءهما
فاشترى له أحدهما صح(٤)، وبشراءهما(٥) بألف وقيمتهما

---

(١) قوله: "أخذه" أى رجل قال لآخر: بعنى هذا العبد لفلان فإنى أشتريه له، فباعه ثم أنكر المشترى أن يكون فلان أمره، فقال فلان: أنا امرأته فإنه يأخذه؛ لأن قوله يعنى لفلان إقرار منه بأنه وكّله، فإذا أنكر الوكالة بعده صار مناقضًا، فلا يسمع قوله، فيكون العبد للموكل. (الزيلعى)

(٢) قوله: "إلا" أى إلا أن يقول: فلأن المشترى له لم آمره بالشراء، فحينئذٍ لا يأخذه، بل يكون للمشترى؛ لأن إقرار المشترى ارتد برده، والإقرار مما يرتد بالرد، فينفذ على المشترى؛ لأن الشراء إذا وجد نفاذًا لا يتوقف بل ينفذ على المشترى. (الزيلعى)

(٣) قوله: "يسلمه" فيكون له بالتسليم؛ لأن إقراره الأول قد ارتد بالرد، وصار ملكًا للمشترى، فإذا سلمه بعد ذلك إلى فلان المشترى له وأخذه، انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة، فتكون العهدة عليه؛ لأنه صار مشتريًا بالتعاطى كمن اشترى لغيره شيئًا بغير أمره، حتى لزمه ثم أسلمه المشترى إلى المشترى له. (الزيلعى)

(٤) قوله: "صح" لأن التوكيل مطلق، وقد لا يتفق الجمع بينهما أطلقه، وهو مقيد بما إذا اشتراه بقدر قيمة، أو بزيادة يتغابن الناس فيها، أما بما لا يتغابن فيها الناس، فلا يجوز إجماعًا والعذر له أنه سيقيد شراء الوكيل به فيما يأتى، فلذا تركه، ولم يذكر الشارحون فائدة التقييد بالمعنيين، والظاهر أنه اتفاقى فغير المعين كالمعين إذا نواه للموكل، أو اشتراه له. (البحر)
وفيه أن هذا لا يناسب قول المصنف، ولم يسمّ ثمنًا؛ لأنهما إذا كانا غير عينين، ولم يسمّ ثمنًا لا يصح التوكيل أصلا. (حاشية الكشف)

(٥) قوله: "وبشراء" أى لو وكله بشراء العبدين بألف وقيمتهما سواء، فاشترى أحدهما بنصف الألف أو أقل جاز الشراء، وبأكثر من نصف الألف لم يجز، يعنى لم يلزم الآمر.
قلّت الزيادة أو كثرت؛ لأنه قابل الألف بالعبدين وقيمتهما سواء، فينتقم عليهما نصفين دلالة، فيكون أمرا بشراء كل واحد منهما بخمس مائة ضرورة، فالشراء بخمس مائة موافقة وبأقل منها مخالفة إلى خير، وبأكثر منهما إلى شر، فلا يلزم الموكل إلا أن يشترى الباقى بما بقى من الألف قبل أن يختصما استحسانًا؛ لأن غرضه المصرح به، وهو تحصيل العبدين بألف قد حصل، وما ثبت الانقسام إلا دلالة، والصريح يفوقها، فلا تعتبر معه عند تعارضهما، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.
وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: إن اشترى أحدهما بأكثر من نصف الألف بما يتغابن الناس فى مثله، وقد بقى من الألف ما يشترى بمثله العبد الباقى، فهو جائز؛ لأن التوكيل حصل مطلقًا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمس مائة، والمطلق يحمل على المتعارف، وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة

ك ف ز
سواء، فاشترى أحدهما بنصفه، أو أقل صح، وبالأكثر لا إلا

العبد | من الألف | أى قبل أن يختصما | ولو أمر رجل مديونه بشراء...إلخ
أن يشترى الباقى بما بقى قبل الخصومة، وبشراء[١]

أي للآمر. | أى على المأمور | المديون المأمور ذلك | ولو أمره بشراء عبد غيره
هذا بدين له عليه، فاشترى صح، ولو غير عين،

ولا ينفذ على الآمر (س م) | فهلاكه عليه | أى ولو أمره بشراء. | درهم | أى إلى المأمور
نفذ على المأمور، وبشراء[٢] أمة بألف دفع إليه

الأمة | الآمر أنت | أى اشتريتها أنا بألف
فاشترى، فقال: اشتريتها بخمس مائة، وقال: المأمور بألف،

الآمر الألف إلى المأمور | أى فالقول للآمر. | أى لو أمره بشراء. | العبد مثلا
فالقول للمأمور، وإن لم يدفع[٣] فللآمر، و بشراء هذا،

يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه، ولكن غرضه تحصيل العبدين بالألف، فلا بد من أن يبقى من الألف قدر ما يشترى بمثله الباقى ليحصل غرضه. (الزيلعى)

(١) قوله: "وبشراء هذا" أى لو كان له دين على شخص، فوكل الدائن المدين بأن يشترى له هذا العبد بذلك الدين، فاشترى جاز، ولزم الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين، فاشترى لا يكون للآمر، بل ينفذ على المأمور، حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور، والألف عليه، فإن قبضه الآمر، فهو له، وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: هو لازم للآمر فى الوجهين، وأصله أن التوكيل بالشراء إذا أضيف إلى دين لا يصح عند أبى حنيفة إذا لم يكن البائع، أو المبيع متعينًا، وعندهما يصح كيفما كان، فإذا لم يصح التوكيل عنده، نفذ الشراء على المأمور حتى إذا هلك بعد القبض يهلك من ماله إلا إذا قبضه الآمر منه، فحينئذٍ ينعقد البيع بينهما بالتعاطى، فيكون للآمر. (الزيلعى ملخّصًا)

(٢) قوله: "بشراء أمة" أى لو أمر رجل رجلا أن يشترى الأمة بألف، ودفع الآمر إلى المأمور الدراهم، فاشترى المأمور إياها، ثم وقع الاختلاف بين الآمر والمأمور، فقال الآمر: اشتريتها بخمس مائة، وقال المأمور، لا بل اشتريتها بألف، فالقول قول المأمور؛ لأنه أمين فيه، وقد ادعى الخروج عن عهدة الأمانة، والآمر يدعى عليه ضمان خمس مائة، وهو ينكر أطلقه وهو مقيد بما إذا كانت تساوى ألفا، فإن كانت تساوى خمس مائة، فالقول للآمر؛ لأنه خالف حيث اشترى جارية تساوى خمس مائة، والأمر تناول ما يساوى ألفا فيضمن. (عز والبحر)

(٣) قوله: "وإن لم يدفع" أى وإن لم يدفع الآمر الألف إلى المأمور، والمسألة بحالها، كان القول للآمر، وتلزم الأمة المأمور أطلقه وهو مقيد بما إذا كانت قيمتها خمس مائة لكونه مخالفًا، وأما إذا كانت قيمتها ألفا فإنهما يتحالفان؛ لأن الموكل والوكيل نزلا منزلة البائع والمشترى، وقد اختلفا فى الثمن، وموجبة التحالف، ثم يفسخ العقد جرى بينهما حكمًا فتلزم الجارية للمأمور. (الزيلعى والبحر)

على ذلك
ولم يسمّ ثمنًا، فقال المأمور: اشتريته بألف، وصدقه بائعه،
وهو خمس مائة أى لو أمره بشراء. بأن كان عبدًا، فأمره أن يشتريه
وقال الآمر بنصفه تحالفا[١]، وبشراء[٢] نفس الآمر من
درهم ألف إلى الوكيل الوكيل أى العبد على هذا
سيده بألف ودفع، فقال لسيّده: اشتريته لنفسه، فباعه على هذا
العبد وكان الوكيل سفيرًا ولم يبين أنه يشتريه لنفس العبد وهو الوكيل
عتق، وولاءه لسيده، وإن قال[٣]: اشتريته، فالعبد للمشترى،

(١) لأنهما اختلفا فى مقدار الثمن، وليس لهما بيّنة، فوجب المصير إلى التحالف، فإن تحالفا يلزم الشراء المأمور.

(٢) قوله: "وبشراء" نفس الأمر، أى لو وكل العبد رجلا بشراء نفسه من سيده بألف، والآمر هو العبد، ودفع الألف إلى الوكيل، فقال الوكيل لسيده وقت الشراء: أنا أشترى عبدك لنفسه، فباعه على هذا عتق وولاءه لسيده، وإن قال الوكيل: اشتريته ولم يبين أنه يشتريه لنفس العبد، كان العبد ملكًا للوكيل، وهو المشترى، والألف الذى أخذه من العبد ودفعه إلى المولى كان للمولى فيهما مجانًا، ويجب على المشترى، أو على المعتق الألف، وأصله أن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الإعتاق ببدل؛ لأن اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن، أما لأن العبد ليس بأهل للملك، أو الاستحالة أن يملك نفسه، فجعل مجازا عن الإعتاق، لوجود إزالة الملك فيه، كالبيع، فإذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقًا، فيلزمه الولاء، والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه، فلا ترجع الحقوق إليه.

وإذا أطلق الوكيل ولم يبين للمولى أنه يشتريه لنفس العبد، يقع العبد للوكيل؛ لأن ظاهر هذا اللفظ للبيع، فلا يعدل عنه إلى العتق بغير علم المولى، ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولاءه وعقل جنايته، فلا يكون الشراء للعبد، بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل فى ملك الموكل بالشراء من غير أن يبين للمولى أنه يشتريه لموكله؛ لأن حكم العقد فيه لا يختلف بين أن يكون له أو لموكله، إذ الكل بيع، والوكيل أصيل فيه فى الحالين حتى تتعلق به الحقوق فى الحالين، فلا يحتاج فيه إلى البيان، وهنا أحدهما إعتاق ومعقب للولاء، ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل، والآخر بيع، وأحكامه خلاف العتق، فلا يدل رضاه بأحدهما على الرضاء بالآخر، فلا بد من البيان، فإذا لم يبين ثبت الملك للوكيل، والألف للمولى؛ لأنه كسب عبده، وعلى المشترى، أو على العبد إذا عتق ألف مثلها ثمنًا، ، أو بدل العتق؛ أن الأداء قد بطل لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى، وهو أنه كسب عبده، فكان ملكًا له قبل الشراء، وقبل العتق، فلا يصح لو ملكه بدلا عن ملكه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وإن قال" بيان لما إذا كان العبد وكيلا بشراء نفسه بعد بيان ما إذا كان العبد موكلا، أى إذا قال رجل لعبد: اشترلى نفسك من مولاك، فقال العبد لمولاه: بعنى نفسى لفلان، فباعه المولى على هذ الشرط، كان العبد ملكًا للآمر، وإن أطلق العبد بأن قال: بعنى ولم يقل لفلان: عتق، وأصله أن العبد يصلح أن يشترى نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة؛ لأن جواز الشراء باعتبار المالية، والعبد أجنبى

الذى أخذه من العبد، ودفعه إلى المولى أى لمثل الألف الأول لأجل الثمن وكان مملوكًا لرجل آخر
والألف لسيده، وعلى المشترى ألف[١] مثله، وإن قال لعبد:
العبد بألف درهم
اشتر لى نفسك من مولاك، فقال للمولى: بعنى نفسى
بألف درهم أى باعه المولى على هذا الشرط حين قال: يعنى نفسى
لفلان، ففعل فهو للآمر، وإن لم يقل لفلان: عتق

فيما يتصرف الوكلاء من التصرفات الفاسدة وغيرها

فصل

س م أى هو الوكيل
الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد[٢] مع من ترد شهادته له،
من غير هؤلاء من الثمن ولو غبنًا فاحشًا س م ف ف ك د
وصح[٣] بيعه بما قل أو كثر، وبالعرض والنسيئة، ويقيد[٤]

عن نفسه فى حكم المالية إلا أن البائع لا يملك جنس العبد حتى يستوفى البدل؛ لأن العبد فى يد نفسه، فيكون قابضًا لنفسه بمجرد العقد، كالمودع إذا اشترى للوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد، سواء اشتراه لنفسه، أو لغيره، إذا ثبت هذا فنقول: إذا أضاف العقد إلى الموكل كان ملكًا للموكل، وإذا أضاف الشراء إلى نفسه بأن قال: بعنى لنفسى عتق؛ لما ذكرنا.

ولا يقال: إن العبد وكيل بشراء شىء معين، فوجب أن لا يجوز له شراءه لنفسه؛ لأنا نقول: أتى بجنس آخر من التصرف؛ لأن بيع العبد من نفسه إعتاق على مال، وشراءه قبول العتق، فيكون مخالفًا فينفذ عليه؛ لأن الوكيل بشراء شىء معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل، وإن أطلق بأن قال: بعنى نفسى، ولم يقل لى ولا لفلان: عتق أيضًا، لأن المطلق يحتمل الوجهين، فلا يقع امتثالا بالشك، فيبقى التصرف واقعًا لنفسه. (الزيلعى والبحر)

(١) إن كان دراهم فدراهم، وإن كان دنانير فدنانير. (الطائى)

(٢) قوله: "لا يعقد" أى لا يصح عقد الوكيل بالبيع والشراء مع من ترد شهادته له كأصله وفرعه وزوجه وزوجته وسيده وعبده ومكاتبه وشريكه فيما يشتركانه عند الإمام.

وقالا: يجوز العقد بمثل العقد إلا فى العبد والمكاتب؛ لأن التوكيل مطلق، ولا تهمة، إذ الأملاك متباينة، والمنافع منقطعة، بخلاف العبد الذى لا دين عليه؛ لأنه بيع من نفسه؛ لأن ما فى يد العبد للمولى، وكذا للمولى حق فى كسب المكاتب، وينقلب حقيقة بالعجز، وله أن المواضع التهمة مستثناة عن الوكالات، وهذا موضع التهمة بدليل عدم قبول الشهادة؛ لأن كل واحد منهم ينتفع بمال الآخر عادة، فصار بيعًا من نفسه من وجه. (المجمع)

(٣) قوله: "وصح [يعنى الوكيل بالبيع يجوز بيعه بالقليل والكثير. . . إلخ]" يعنى عند الإمام، وقالا: لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس فيه، ولا يجوز إلا بالدراهم والدنانير؛ لأن مطلق الأمر يتقيد بالمتعارف؛ لأن التصرفات لدفع الحاجات، فتقيد بمواقعها، والمتعارف البيع بمثل الثمن وبالنقود،

أى شراء الوكيل بين الناس
شراءه بمثل القيمة، وزيادة يتغابن فيها، وهو[1] ما[2] يدخل
أى ولو وكل رجل رجلا أو عشره س م ف ك د
تحت تقويم المقوّمين، ولو وكله ببيع عبدٍ، فباع نصفه صح[3]،
أى ولو وكّله فى...إلخ شراءه مصدرية ظرفية أى النصف الباقى
وفى الشراء[4] يتوقف ما لم يشتر الباقى، ولو ردّ المشترى المبيعَ

ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الفحم والجمد والأضحية بزمان الحاجة، ففى الفحم بالشتاء، وفى الجمد بالصيف، وفى الأضحية بزمانها؛ ولأن البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه، وكذا المقايضة بيع من وجه شراء من وجه، فلا يتناوله مطلق اسم البيع.

وله: أن التوكيل بالبيع مطلق، فيجرى على إطلاقه فى غير موضع التهمة، والبيع بالغبن الفاحش أو بالعين متعارف عند شدة الحاجة إلى ثمن، والتبرم من العين أى الملال والمسائل ممنوعة على قول أبى حنيفة ما هو المروى عنه، وأنه بيع من كل وجه حتى إن حلف ببيع يحنث به، غير أن الأب والوصى لا يملكانه مع أنه بيع؛ لأن ولا يتهما نظرية، ولا نظر فيه، والمقايضة شراء من كل وجه، وبيع من كل وجه لوجود حد كل واحد منهما. (البحر)

(٤) قوله: "ويقيد أى يقيد شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراءه بالغبن الفاحش، وهذا بالإجماع؛ لأن التهمة فيه متحققة، فله اشتراه لنفسه، فإذا لم يوافقه ألحقه بغيره، أطلقه فشمل ما إذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه، فلا يملك الشراء بغبن فاحش، وإن كان لا يملك الشراء لنفسه؛ لأنه بالمخالفة يكون مشتريًا لنفسه، فكانت التهمة باقية. (البحر بحذف والزيلعى)

(١) فلو قوّمه عدل بعشرة وآخر بثمانية وآخر بسبعة، فما بين السبعة والعشرة داخل تحت تقويم المقوّمين، أما الزائد فى الشراء والناقص فى البيع فلا. (الطائى)

(٢) أى الغبن الذى هو اليسير الذى لا يخلو عنه عقود الناس.

(٣) قوله: "صح" وقال: لا يصح إلا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصمه، وله أن التوكيل مطلق عن قيد الافتراق والاجتماع، ألا ترى أنه لو باع كله بنصف قيمته يجوز، فإذا باع نصفه أولى. (الكشف)

(٤) قوله: "وفى الشراء" يعنى لو وكّله بشراء عبد، فاشترى نصفه فالشراء موقوف اتفاقًا، فإن اشترى باقيه لزم الموكل؛ لأن شراء البعض قد يقع وسيلة إلى الامتثال بأن كان موروثا بين جماعة، فيحتاج إلى شراءه شقصًا شقصًا، فإذا اشترى الباقى قبل رد الآمر البيع تبين أنه وسيلة، فينفذ على هذا الآمر، وهذا بالاتفاق، والفرق لأبى حنيفة أن فى الشراء تتحقق التهمة على مامرّ، وآخر أن الآمر بالبيع يصادف ملكه، فيصح فيعتبر فيه إطلاقه، والأمر بالشراء صادف ملك الغير، فلم يصح، فلا يعتبر فيه التقييد والإطلاق. (البحر)

أقامها المشترى عليه من الوكيل حين توجه عليه اليمين وهو الموكل

على الوكيل بالبيع بالعيب ببينة أو نكول، رده[١] على الآمر،

أى فى العيب الذى لا يحدث الموكل

وكذا[٢] بإقرار فيما لا يحدث، وإن[٣] باع بنسيئة، فقال:

أى عالٍ الأمر وهو الموكل

أمرتك بنقد، وقال المأمور: أطلقت، فالقول للآمر،

وهو الوكل لأن مبنى الوكالة على التقييد (ع) للمضارب

وفى[٤] المضاربة للمضارب، ولو أخذ[٥] الوكيلُ بالثمن

---

(١) قوله: "رده" لأن البينة حجة مطلقة، والوكيل مضطر فى النكول لبعد العيب عن علمه باعتبار عدم ممارسة المبيع، فلزم الآمر، وكذا بإقرار فيما لا يحدث؛ لأن القاضى تيقن بحدوث العيب فى يد البائع، فلم يكن قضاءه مستندًا إلى هذه الحجج.

وتأويل اشتراطها فى الكتاب أن القاضى يعلم أنه لا يحدث فى مدة شهر مثلا، لكنه اشتبه عليه تاريخ البيع، فيفتقر إلى هذه الحجج بظهور هذا التاريخ، أو كان عيبًا لا يعرفه إلا النساء والأطباء، وقولهنّ وقول الطبيب حجة فى توجه الخصومة لا فى الرد، فيفتقر إليها فى الرد، حتى لو كان القاضى عايَنَ البيع والعيب ظاهر، لا يحتاج إلى شىء منها، قيّد بما لا يحدث؛ لأنه لو ردّ عليه بإقراره فيما يحدث فإنه يلزم المأمور؛ لأن الإقرار حجة قاصرة، وهو غير مضطر إليه لإمكانه السكون والنكول، إلا أن له أن يخاصم الموكل، فيلزم ببينته أو بنكوله، بخلاف ما إذا كان الرد بغير قضاء، والعيب يحدث مثله، حيث لا يكون له أن يخاصم بائعه؛ لأنه بيع جديد فى حق ثالث، والبائع ثالثهما، والرد بالقضاء فسخ لعموم ولاية القاضى، غير أن الحجة القاصرة وهو الإقرار، فمن حيث الفسخ كان له أن يخاصم، ومن حيث القصور لا يلزم الموكل إلا بحجة. (البحر)

(٢) أى وكذا الحكم فيما إذا رده المشترى على الوكيل بإقرار منه.

(٣) قوله: "وإن" أى الوكيل بالبيع باع نسيئة، فقال له الموكل: أمرتك أن تبيعه بنقد، وقال الوكيل: أمرتنى ببيعه مطلقًا، ولم تقل شيئًا، كان القول قول الموكل؛ لأن مبنى الوكالة على التقييد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن، ألا ترى أنه لو قال: وكلتك أن تشترى لى دابة لا يصح، ولو قال: وكلتك فى مالى ليس له إلا الحفظ، فإذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الآمر، كان القول له، كما إذا أنكر الآمر أصلا. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وفى" أى باع المضارب نسيئة، فقال رب المال: أمرتك أن تبيعه بنقد، وقال المضارب: أطلقت كان القول للمضارب؛ لأن الأصل فى المضاربة العموم؛ لأن المضاربة للاسترباح، والاسترباح فى العموم أكثر. (الزيلعى والكشف)

(٥) قوله: "ولو أخذ" أى لو وكل أحد أحدًا ببيع عبد مثلا، فباعه الوكيل، وأخذ من المشترى رهنًا بالثمن، فضاع الرهن فى يد الوكيل، أو أخذ بالثمن كفيلا، فهلك المال على الوكيل، بأن مات كل من الكفيل والأصيل مفلسًا لا يضمن الوكيل؛ لأن الوكيل أصيل فى قبض الثمن؛ لأنه من حقوق

الرهن — أى أو أخذ كفيلاً أى هلك المال

رهنًا فضاع، أو كفيلا فتوى عليه لم يضمن، ولا يتصرّف[١]

إذا وكلهما معًا — ف ك د — لمعينة

أحد الوكيلين وحده إلا فى خصومة وطلاق

يرجع إلى الطلاق والعتاق جميعًا

وعتاق بلا بدل، ورد وديعة، وقضاء دين، ولا يوكّل[٢] وكيلٌ

من الموكل (ف ك) — أى أو قال له: اعمل...إلخ (ف ك) — الوكيل

إلا بإذن، أو باعمل برأيك"، فإن[٣] وكّل بلا إذن الموكل

العقد، والكفالة والارتهان استيثاق له، فله ذلك، بخلاف الوكيل بقبض الدين؛ لأنه نائب، وقد أنابه فى القبض لا فى الاستيثاق. (عز)

(١) قوله: "ولا يتصرف" أى إذا وكّل رجل رجلين لا يجوز لأحدهما أن يتصرف منفردًا فيما وكلا، لا فى التصرفات التى سمّاها الشيخ، أما عدم جواز تصرف أحدهما فلأن الموكل رضى برأيهما لا برأى أحدهما، والبدل وإن كان مقدرًا، ولكن التقدير لا يمنع استعمال الرأى فى الزيادة، واختيار المشترى.

أطلقه فشمل ما إذا كان أحدهما حرًا عاقلا، والآخر عبدًا، أو صبيًا، أو محجورًا عليه لكنه مقيد بما إذا كان وكلهما بكلام واحد، أما إذا كان توكيلهما على التعاقب، فإنه يجوز لأحدهما الانفراد؛ لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله، فلا يتغير بعد ذلك، بخلاف الوصيين، فإنه إذا أوصى إلى كل منهما بكلام على حدة، لم يجز لأحدهما الانفراد فى الأصح؛ لأنه عند الموت صارا وصيين جملة واحدة، وفى الوكالة يثبت حكمهما بنفس التوكيل، وأما جوازه فى الخصومة فإن لأحدهما أن يخاصم وحده؛ لأنها وإن كانت تحتاج إلى الرأى إلا أن إجتماعهما على الخصومة والتكلم متعذر؛ لأنه يلتبس على القاضى، ويصير شغبًا، فأما اجتماعهما على البيع فغير متعذر.

وأما جوازه فى الطلاق والعتاق مجازًا فلأنه مما لا يحتاج إلى الرأى، وتعبير المثنى فيه كالواحد، وأما جوازه فى ردّ وديعة فلأنه ما لا يحتاج إلى الرأى، فرد أحدهما كردهما، ولو قال: ورد عين لكان أولى، فإنه لا فرق بين رد الوديعة والعارية والمغصوب والمبيع فاسدًا، وقيد بالرد احترازًا عن الاسترداد، فليس لأحدهما القبض بدون صاحبه، لإمكان اجتماعهما، وللموكل فيه غرض صحيح؛ لأن حفظ اثنين ليس كحفظ واحد، فإذا قبضه أحدهما ضمن كله؛ لأنه قبض بغير إذن المالك، وأما جوازه فى قضاء الدين فلأنه كرد الوديعة واقتضاء الدين، فلأنه كاسترداد الوديعة. (البحر مع زيادة وحذف وتصرّف)

(٢) قوله: "ولا يوكل" يعنى ليس للوكيل أن يوكل أحدًا فيما وكل فيه؛ لأنه فرض إليه التصرف دون التوكيل به، وهذا لأنه رضى برأيه، والناس مختلفون فى الآراء إلا أن يأذن له الموكل بوجود الرضاء، أو يقول له: اعمل برأيك؛ لإطلاق التفويض إلى رأيه. (البحر مع زيادة)

(٣) قوله: "فإن وكّل" أى إن وكل الوكيل بغير إذن المولى عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل، أو عقد للأجنبى بإجازة الوكيل الأول، جاز فيهما؛ لأن المقصود الموكل حضور رأيه، وقد حصل، وكذا لو

الوكيل الثانى أى بحضرة الوكيل الأول بيعه الوكيل الأولفى الوجهين (ز)

فعقد بحضرته، أو باع أجنبىّ، فأجاز صح، وإن

واحد من هؤلاء

زوّج عبدٌ، أو مكاتبٌ، أو كافرٌ صغيرته الحرّة المسلمة، أو باع

لها بما لها

لها، أو اشترى لم يجز[1].

أى قبض الدين ونحوه

باب الوكالة بالخصومة[2] والقبض

أى أخذ الدين أى الوكيل بقبض الخ

الوكيل بالخصومة والتقاضى لا يملك[3] القبض، وبقبض[4]

س م ز ف ك د أى الوكيل بقبض...إلخ أى لا يملك الخصومة

الدين يملك الخصومة، وبقبض[5] العين لا، فلو برهن ذُو اليد

عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الأول جاز من غير إجازة منه؛ لأن المقصود وهو حضور رأيه قد حصل بنفس العقد بإذنه، ولو قدّر الأول الثمن للثانى جاز عقده فى غيبته لحصول المقصود باستعمال رأيه فى تقدير الثمن. (الزيلعى)

(١) قوله: "لم يجز" لأنه لا ولاية لهؤلاء، ألا ترى العبد لا يملك النكاح نفسه، فكيف يملك النكاح غير، وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم، ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم، ولا شهادة للعبد أصلا، فالمكاتب عبد ما بقى عليه درهم. (الزيلعى بحذف)

(٢) لما كانت الخصومة مهجورة شرعًا أخّر بابها، هى الدعوى الصحيحة والجواب الصريح بنعم أو لا.

(٣) قوله: "لا يملك" وهذا قول زفر؛ لأنه رضى بخصومة، والقبض غيرها، ولم يرض به، وعندنا هو وكيل بالقبض؛ لأن من ملك شيئًا ملك إتمامه، وتمام الخصومة وانتهاءها بالقبض، والفتوى اليوم على قول زفر لظهور الخيانة فى الوكلاء، وقد يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على المال. (البحر)

(٤) قوله: "وبقبض" أى الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو إبراءه تقبل، وكذا إذا جحد الغريم، فأقام الوكيل البينة عليه تقبل، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يكون خصمًا، وهو رواية الحسن عنه؛ لأنه القبض غير الخصومة، فلم يكن الرضا به رضا بها، إذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدى إليها. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وبقبض" أى الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بينته إلا فى حق قصر يد الوكيل عن العين، فيتوقف حتى يحضر الغائب.

وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أن الزوج طلقها ثلاثًا، أو أقام العبد البينة على الوكيل بنقله أن المولى قد أعتقه لا تقبل فى حق وقوع الطلاق والعتاق، وتقبل فى حق قصر يد الوكيل عنهما

أى باع الشيء الذى يدعى الوكيل قبضه على موكله
على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه، وقف الأمر حتى يحضر
وهو الموكل وكذا الحكم فى العتاق والطلاق بغير الحدود والقصاص
الغائب، وكذلك العتاق والطلاق، ولو أقر الوكيل بالخصومة
إقراره عليه، وينفذ عليه (زف ك د) س
عند القاضى صح[1]، وإلا لا[2]، وبطل[3] توكيل الكفيل
بمال، ومن ادعى أنه وكيل الغائب فى قبض دينه فصدقه
المراد بأمره جبره عليه. أى إلى مدعى الوكالة عن الغائب على ذلك فلا كلام.
الغريم، أمر بدفعه[4] إليه، فإن حضر الغائب فصدقه
أى وإن لم يصدقه. إلى الغائب الذى حضر. أى بالدين الذى دفعه
وإلا دفع[5] إليه الغريم الدين ثانيًا، ورجع[6] به على

حتى يتوقف الأمر إلى أن يحضر الغائب، وهذا بالإجماع استحسانًا، والقياس أن يدفعه إلى الوكيل، لأن البينة قامت لا على الخصم، وجه الاستحسان أنه خصم فى قصر اليد، فتقصر يده، فلو حضر الغائب تعاد البينة على البيع. (الزيلعى والكشف)

(١) قوله: "صح" ووجهه أن التوكيل صحيح، وصحته يتناول ما يملك وذلك مطلق الجواب بالإقرار والإنكار دون أحدهما عينًا، فينصرف إليه تحريًا للصحة، وصحح أبو يوسف رحمه الله إقراره مطلقًا، وأبطله زفر رحمه الله مطلقًا وهو القياس؛ لأنه وكيل بالمنازعة، والإقرار مسالمة، والأمر بالشيء لا يتناول ضده. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "وإلا لا" أى وإن أقر عند غير القاضى لا يصح إقراره، وعند أبى يوسف يصح؛ لأن إقرار الموكل لا يختص بمجلس القضاء، فكذا إقرار وكيله، ولهما أن الظاهر إتيانه بالمستحق عند طلب المستحق، وهو الجواب فى مجلس القضاء، فيختص به لكن إذا أقيمت البينة على إقراره فى غير مجلس القضاء يخرج عن الوكالة حتى يدفع المال إليه؛ لأنه صار مناقضًا. (الكشف)

(٣) قوله: "بطل" معناه إذا كان لرجل دين على رجل كفل به رجل، فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذى عليه الأصل، لم يصح التوكيل؛ لأن الوكيل هو الذى يعمل لغيره، ولو صححا هذه الوكالة صار أملا لنفسه ساعيًا فى براءة ذمته، فانعدم الركن فبطل. (الزيلعى)

(٤) لأنه أقر على نفسه؛ لأن ما يقبضه خالص ماله.

(٥) قوله: "ودفع" لأنه إذا صدقه ظهر أنه كان وكيلا له، وقبض الوكيل قبض الموكل، فتبرأ ذمته، وإن كذبه لم يصر مستوفيًا بالقبض؛ لأنه لم تثبت وكالة، والقول قوله فى ذلك مع يمينه؛ لأنه منكر، ولا يكون قولهما حجة عليه، فيأخذ منه الدين ثانيًا. (الزيلعى)

(٦) قوله: "ورجع" أى رجع الغريم بما قبضه الوكيل إن كان باقيًا فى يده؛ لأنه ملكه، وانقطع حق

أى لو كان الذى قبضه باقيًا فى يدهٍ. أى المقبوض فى يد الوكيل أى لا يرجع عليه بشىء

الوكيل لو باقيا، وإن(١) ضاع لا، إلا(٢) إذا ضمّنه عند

إلى الوكيل معطوف على ضمنه بأن سكت أو كذب أى الدين أى إلى مدعى الوكالة

الدفع، أو لم يصدقه(٣) على الوكالة، ودفعه إليه على

أى إلى مدعى الوكالة أى وديعة فلان مثلا

ادعاءه، ولو قال(٤): إني وكيل بقبض الوديعة،

على الوكالة وإجماعًا أى إلى مدعى الوكالة أى الحكم رجل

فصدقه المودَع لم يؤمر بالدفع إليه، وكذا(٥) لو ادعى

أى شراء الوديعة من صاحبها المودع رجل بكسر الدال ولا وارث له غيره

الشراء وصدقه، ولو ادعى أن المودِع مات، وتركها ميراثا له،

الطالب عنه، ولم يبقَ الاحتمال فيه، حيث قبض دينه منه ثانيًا. (الزيلعى)

(١) قوله: "وإن" أى ضاع المقبوض فى يد الوكيل فلا رجوع عليه؛ لأنه بتصديقه اعترف أنه محق فى القبض، وهو مظلوم فى هذا الأخذ والمظلوم لا يظلم غيره، وأورد عليه أن أحد الابنين إذا صدق المديون فى دعواه الإيفاء للميت، وكذبه الآخر، ورجع المكذب عليه بالنصف، فإن للمديون الرجوع على المصدق بالنصف إن كان للميت تركة غير الدين مع أنه فى زعمه أن المكذب ظالم، وأجيب بأن الرجوع على المصدق لكونه أقر على أبيه بالدين. (البحر)

(٢) قوله: "إلا" أى إلا أن يضمن الغريم الوكيل فحينئذٍ يرجع الغريم على الوكيل؛ لأن الضمان موجب، ويجوز فى قوله: ضمّنه التشديد والتخفيف، فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل، ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذى أخذه منه.

وصورة هذا الضمان أن يقول الغريم للوكيل: نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة، ويأخذ منى ثانيًا، ويصير ذلك دينًا عليه؛ لأنه أخذه منى ظلما، فهل أنت كفيل عنه بما يأخذه منى ثانيًا، فيضمن ذلك المأخوذ، فيكون صحيحًا على هذا الوجه؛ لأنه مضاف إلى سبب الوجوب، وهو كقوله: ما غصبك فلان فعليّ أو ما ذاب لك عليه فعليّ، كان ما أخذه الطالب ثانيًا غصبًا، وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه؛ لأنه أمانة فى يده لتصادقهما على أنه وكيل، والأمانات لا تجوز بها الكفالة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "أو لم يصدقه" أى إذا لم يصدقه، فإنه يرجع عليه؛ لأنها إنما دفع له على رجاء الإجازة، فإذا انقطع رجاؤه رجع عليه. (البحر)

(٤) قوله: "ولو قال" أى لو كان مكان الدين الوديعة فى المسألة المذكورة بأن ادعى رجل وكالة بقبض الوديعة عند زيد مثلا، فصدقه زيد، وقال نعم أنت وكيله بقبض الوديعة، ولا يخبر المودع بدفع ما عنده من الوديعة؛ لأنه إقرار بمال الغير، بخلاف الدين إذا الديون تقضى بأمثالهما. (عز)

(٥) قوله: "وكذا" يعنى لو ادعى رجل شراء الوديعة، وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع إليه؛ لأن إقراره على الغير غير مقبول. (الزيلعى)

بفتح الدال المودع الوديعة إلى المدعى المذكور أى وكل رجل رجلا على الوكيل

وصدقه دفـــع إلـيــه،(١) فإن وكله(٢) بقبض ماله، فادعى الغريم

الغريم يعنى يجبر على دفع المال إلى الوكيل. منى

أن رب المال أخـــذه دفـــع المـــــال، واتبع(٣) رب المال

على أخذه واستيفاءه أى وكّل رجل رجلا أى بسبب عيب قد اشتراها بالعيب

واستحلفه، وإن وكله(٤) بعيب فى أمة، فادّعى البائع رضا

الوكيل الأمة (س م) أنه لم يرض بالعيب

المشترى، لم يرد عليه حتى يحلف المشترى، ومَنْ دفع إلى

دراهم أى أهل الموكل المدفوع إليه وهو الوكيل دراهم يعنى من دراهم نفسه

رجلٍ عشرةً لينفقها على أهله، فأنفق عليهم عشرة من عنده،

المدفوعة يعنى تكون هذه بهذه المنفقة من عنده

فالعشرة بالعشرة(٥).

---

(١) لأنه ملكه قد زال بموته، واتفقا أنه مال الوارث، فيدفعه إليه.

(٢) قوله: "فإن وكله" أى رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه، فقال الغريم للوكيل: إن رب المال أخذه منى، يجبر على دفع المال إلى الوكيل؛ لأن وكالته تثبت بقوله: أخذه رب المال إذ لم ينكر الوكالة، وإنما ادعى الإيفاء، وفى ضمن دعواه إقرار بالدين وبالوكالة، وهذا لأنه لو لم يكن هو محقًا عنده فى طلب الدين لما اشتغل بذلك، فصار كما إذا طلب منه الدين، فقال: أوفيتك فإنه يكون إقرارًا بالدين، فإذا كان تثبت الوكالة فى زعمه، ولم يثبت الإيفاء بمجرد دعواه، فيؤمر بالدفع إليه، كما لو أقر بالوكالة صريحًا. (الزيلعى)

(٣) قوله: "واتبع" أى الغريم يتبع رب المال، فيستحلفه؛ لأن قبضه يوجب براءة ذمته، والطالب لو أقر به لزمه، فيستحلف عند العجز عن إقامة البينة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن وكله" أى وكله برد جارية بسبب عيب فيها، فقال البائع: المشترى رضى بالعيب، لا يرد على البائع حتى يحلف المشترى، بخلاف مسألة الدين؛ لأن التدارك ممكن هناك باسترداد ما قبضه الوكيل إذا ظهر الخطأ عند نكوله، ولا يمكن ذلك فى العيب؛ لأن القضاء بالفسخ نافذ ظاهرًا وباطنًا عند أبى حنيفة رحمه الله، فيصح القضاء، ويلزم، ولا يستحلف المشترى بعد ذلك؛ لأنه لا يفيد، إذ لا يجوز فسخ القضاء، وفى مسألة الدين ليس فيه قضاء، وإنما فيه الأمر بالتسليم، فإذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزعه منه، ودفعه الآمر إلى الغريم من غير نقض القضاء. (الزيلعى)

(٥) قوله: "بالعشرة" لأن الوكيل بالإنفاق وكيل بالشراء وحكمه كذلك، قيل هذا استحسان، وفى القياس وهو قول الأئمة الثلاثة ليس له ذلك، فيصير متبرّعًا؛ لأنه خالف أمره، وقيل القياس، والاستحسان فى قضاء الدين؛ لأنه ليس بشراء، وأما الإنفاق فيتضمن للشراء، فلا يدخلانه، كما فى الإصلاح، وظاهر كلامه أنه أنفق دراهمه مع بقاء دراهم الموكل، ولذا قال فى "النهاية": هذا إذا كانت عشرة الدافع قائمة وقت الإنفاق، وكان يضيف العقد إليهما، أو يطلق، أما إذا كانت مستهلكة، أو

الإضافة من إضافة المصدر إلى فاعله أو مفعوله

باب[1] عزل الوكيل

أى يغير على الوكيل ف ك الوكيل بجر عطفًا على قوله: عزله

وتبطل[2] الوكالة بعزله إن علم به وموت أحدهما وجنونه

أضاف العقد إلى عشرة نفسه يصير مشتريًا لنفسه متبرّعًا بالإنفاق؛ لأن الدراهم تتعين فى الوكالة. (المجمع)

(١) قوله: "باب" أخّر العزل عن الوكالة لما أنه يقتضى سبق ثبوتهما وهو رافعهما، فناسب ذكره آخرًا. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "وتبطل" أى تبطل الوكالة بهذه العوارض التى فصلها الشيخ، أما بطلان الوكالة إذ عزله الموكل فلأن الوكالة حق الموكل فله أن يبطله متى شاء، واشترط علم الوكيل بعزل الوكيل؛ لأن فى العزل إضرارًا به من حيث إبطال ولايته، ومن حيث رجوع الحقوق إليه، فينقد من مال الموكل، أو يسلم المبيع، فيضمن فيتضرر.

وأما بطلانها بموت الموكل أو بموت الموكل، وبجنون الموكل، أو الوكيل فلأن التوكيل تصرف غير لازم، فيكون لدوامه حكم ابتداءه، فلا بد من قيام الأمر، وقد بطل بهذه العوارض، وشرط الإطباق فى الجنون؛ لأن قليله كالإغماء، وحده شهر عند أبى يوسف لسقوط الصوم به، وعنه أكثر من يوم وليلة لسقوط الصلوات الخمسة، وقال محمد: حول كامل لسقوط جميع العبادات، فقدّر به احتياطًا، ولا يتوقف على العلم.

وأما بطلانها إذا لحق الموكل أو الوكيل مرتدًا، وحكم بلحاقه، فإنه فى حكم الأموات، قيّدنا بالحكم بلحاقه؛ لأن تصرفات المرتد قبل اللحوق موقوفة عنده، فكذا وكالته، فإن أسلم أنفذ، وإن قتل أو لحق بدار الحرب بطلت الوكالة، فأما عندهما فتصرفاته نافذة، فلا تبطل وكالته إلا أن يموت، أو يقتل على ردته، أو يحكم بلحاقه.

وأما بطلانهما إذا افترق الشريكان، وإن لم يعلم الوكيل فلأنه عزل حكمى، والعزل الحكمى لا يشترط فيه العلم.

وأما بطلانهما إذا عجز الموكل وكان مكاتبًا أو كان مأذونًا فصار مهجورًا، فلما ذكرنا من أن قيام الوكالة يعتمد قيام الأمر، وقد بطل بالحجر والعجز علم أو لم يعلم، أطلقه وهو مقيد بما إذا كان وكيلا فى العقود والخصومات، وأما الوكيل فى قضاء الدين واقتضاءه فلا يتعزل بهما؛ لأنهما يوجبان الحجر عن إنشاء التصرف لا عن قضاء الدين واقتضاءه، فكذا لا يوجب عزل وكيله، وكذا الوكيل بقبض الوديعة لم ينعزل بعجزه وحجره.

وأما بطلانها إذا تصرف الموكل بنفسه فيما وكل فيه، فلانقضاء الحاجة أطلقه، وهو مقيد بتصرف يعجز الوكيل عن التصرّف معه لما لو وكله بإعتاق عبده، أو بكتابته فأعتق، أو كاتبه الموكل بنفسه أو غير ذلك، وأما ما لا يعجز عنه فلا تبطل به، كما لو طلقها واحدة، والعدة باقية، فللوكيل أن يطلقها أخرى. (محمد إعزاز على غفر له)

مستوعِبًا أي ويبطل أيضًا بلحوقه...إلخ (س م) بالجر أيضًا أي وتبطل أيضًا بافتراق...إلخ
مطبقا، ولحوقه مرتدا، أو افتراق الشريكين، وعجز
أي لو كان الموكل مكاتبًا أي بالحجارة أي لو كان الموكل عبدًا مأذونًا
موكله لو مكاتبا، وحجره[1] لو مأذونا، وتصرفه بنفسه.

(١) أي تبطل الوكالة بحجر.

كتاب[(١)] الدعوى[(٢)]

أى أن يدعو الشىء إلى نفسه — أى فى حالة الخصومة

هى إضافة الشىء إلى نفسه حالة[(٣)] المنازعة،

اسم فاعل من ادعى يدعى وأصله مدتعى — دعواه لا يجبر عليه — أى بخلافه المدعى

والمدعى[(٤)] من إذا ترك ترك، والمدعى عليه بخلافه،

بالإجماع — المدعى

ولا[(٥)] يصح الدعوى حتى يذكر شيئًا عُلم جنسه وقدره،

---

(١) لا يخفى مناسبتها للوكالة بالخصومة، وهى أن الوكيل بالخصومة، بل وغيرها قد يحتاج إليها.

(٢) قوله: "الدعوى" هى لغة قول يقصد به الإنسان إيجاب حق على غيره، وألفها للتأنيث، فلا تنون وجمعها دعاوى -بفتح الواو- كفتوى وفتاوى، لكن جزم فى "المصباح" بكسرها أيضًا فيهما محافظة على ألف التأنيث، وشرعًا ما بينه الشيخ. (الدرّ مع زيادة)

(٣) قوله: "حالة" وأما حالة المسالمة فدعوى لغةً لا شرعًا، ونظيره ما فى "البزازية" عين فى يد رجل يقول: هو ليس لى، وليس ثمة منازع لا يصح نفيه، فلو ادعاه بعده لنفسه صح، وإن كان ثمه منازع، فهو إقرار بالملك للمنازع، فلو ادعاه لنفسه بعده لا يصح، وعلى رواية الأصل لا يكون إقرارًا له بالملك. (الكشف)

(٤) قوله: "والمدعى" أى المدعى من لا يجبر على الخصومة إذا تركها، والمدعى عليه من يجبر على الخصومة إذا تركها، ومعرفة الفرق بينهما من أهم ما يبتنى عليه مسائل الدعوى، وقد اختلفت عبارات المشايخ فيه، فمنها ما فى الكتاب وهو بعد عام صحيح. (البحر)

(٥) قوله: "ولا" أى الدعوى إنما تصح بذكر شىء علم جنسه، أى جنس المدعى، بأن يقال: حنطة مثلا، وقدره بأن يقال: كذا كيلا؛ لأن فائدة الدعوى الزام بواسطة الإشهاد، ولا يتحقق الإشهاد ولا إلزام فى المجهول.

وفى "شرح الوقاية": هذا فى دعوى الدين لا فى دعوى العين، فإن العين إن كانت حاضرة تكفى الإشارة بأن هذا ملك لى، وإن كانت غائبة يجب أن يصفها، ويذكر قيمتها... اهـ.

وقيل: لا يشترط ذكر القيمة، وإليه مال القاضى فخر الدين وصاحب "الذخيرة"، وكذا ذكر فى عامة الكتب أنه يسمع دعواه بدون القيمة؛ لأن الإنسان ربما لا يعرف قيمة ماله، فلو كلف بيانًا لتضرر به. (شرح النقاية)

فإن كان عينًا (المدّعي) في يد المدعى عليه كلّف[1] (أي المدعى وهو المال) إحضارها ليشير إليها بالدعوى، وكذا في الشهادة والاستحلاف[2]، (أي وكذا يشترط إحضارها في أداء الشهادة) فإن[3] تعذّر (إحضاره بهلاكها أو غيبتها) ذكر قيمتها، فإن ادّعى عقارًا ذكر[4] حدوده، (الأربعة ولو مشهورًا خلافًا لهما.) وكفت[5] ثلاثة، (لأن للأكثر حكم الكل) (من الحدود) وأسماء[6] أصحابها، (وأنسابهم) ولا بدّ[7] من ذكر الجد (أي أب الأب أي جد كل واحد من أصحاب الحدود) إن لم يكن (الرجل) مشهورًا، (بين الناس) وأنّه[8] في

---

(١) قوله: "كلف" لأن الإعلام بأقصى ما يمكن شرط، وذلك بالإشارة بعد الإحضار فيما يمكن إحضاره من المنقول، وإن لم يكن كالرحى حضر الحاكم، أو بعث أمينه. (الزيلعي)

(٢) أي استحلاف المدعي عليه عند عدم النية.

(٣) قوله: "فإن" أي وذكر قيمته إن تعذر إحضاره بأن كان هالكًا أو غائبًا ليصير المدعى معلومًا؛ لأن الشيء يعلم بقيمته؛ لأنها مثله معنى. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "ذكر" لأنه تعذر التعريف بالإشارة لتعذر النقل، فيصار إلى التجديد، كما يشترط التجديد في الدعوى يشترط في الشهادة. (البحر)

(٥) أي كفى ذكر ثلاثة من الحدود. (الزيلعي)

(٦) قوله: "وأسماء" أي ذكر أسماء أصحاب الحدود؛ لأن التعريف يحصل بذلك، وذكر أنسابهم ليتميزوا عن غيرهم. (الزيلعي)

(٧) قوله: "ولا بد" أي لا بد من ذكر الحدود إن لم يكن الرجل مشهورًا بين لناس، وهذ عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه، وإن كان الرجل مشهورًا يكتفى بذكره لحصول المقصود به. (الزيلعي)

(٨) قوله: "وأنه [بالفتح عطف على قوله: وذكر حدوده]" أي وذكر المدعي أن المدعى به في يد المدعي عليه؛ لأنه إنما يصير خصمًا بكونه في يده، فإن لم يكن في يده فلا خصومة بينهما، وإنما جعلت الضمير عائدًا إلى المدعى الشامل للمنقول والعقار ولم أخصصه بالعقار، كما فعل الشارح لكونه شرطًا فيهما، وفي المنقول يجب أن يقول في يده بغير حق، إذ الشيء قد يكون في يد غير المالك بحق، كالرهن في يد المرتهن. (البحر)

أى يد المدعى عليه — أى بل تثبت اليد ببينته

يده، ولا يثبُت(١) اليدُ فى العقار بتصادقهما(٢)، بل ببينة، أو

فإنه يثبت فيه اليد بتصادقهما — أى بالشيء المدعى

علم قاضٍ، بخلاف المنقول، وأنه(٣) يطالبه به، وإن كان

مكيلا كان أو موزونًا نقدًا أو غيره — أى وذكر أنه...إلخ لما قلنا — على الوجه المذكور

دينا ذكر وصفه(٤)، وأنه يطالبه به، فإن(٥) صحت الدعوى

القاضى — أى عن الدعوى — المدعى عليه. — القاضى لوجود الحجة الملزمة للقضاء

سأل المدعى عليه(٦) عنها، فإن أقر(٧)، أو أنكر فبرهن المدعى

المدعى عليه — ف كيد

قضى عليه، وإلا(٨) حلف بطلبه، ولا يرد(٩) يمينٌ على مدّعٍ

---

(١) قوله: "ولا يثبت" اليد فيه بتصادق المدعى والمدعى عليه أن العقار فى يد المدعى عليه؛ لأن اليد فيه غير مشاهدة، ولعله فى يد غيرهما تواضعًا فيه، ليكون لهما ذريعة إلى أخذه بحكم الحاكم، فلا بد من إقامة البينة فيه، أو علم القاضى لتنتفى تهمة المواضعة، بخلاف المنقول؛ لأن اليد فيه معاينة، فلا حاجة إلى اشتراط الزيادة. (الزيلعى)

(٢) أى بتصادق المدعى والمدعى عليه بأن العقار فى يد المدعى عليه.

(٣) قوله: "وأنّه [بالفتح أيضًا أى وذكر للقاضى أن. . .إلخ]" أى وذكر المدعى أنه يطالب المدعى عليه؛ لأن المطالبة حقه، فلا بد من طلبه، ولأنه يحتمل بغير الطلب أن يكون مرهونًا فى يده، أو محبوسًا بالثمن فى يده، وإنما يزول هذا الاحتمال بالمطالبة. (البحر)

(٤) لأن لا بد من تعريفه وهو بالوصف.

(٥) قوله: "فإن" أى وإذا صحت الدعوى سأل القاضى الخصم، وهو المدعى عليه عنها، أى عن الدعوى التى ادعاها لينكشف له وجه الحكم فيها؛ لأن القضاء بالبينة يخالف القضاء بالإقرار. (شرح النقاية)

(٦) ويقول: إنه ادعى عليك كذا، فما ذا تقول؟

(٧) المدعى عليه بما يدعيه المدعى.

(٨) قوله: "وإلا [أى وإن لم يقر المدعى عليه، أو لم يبرهن المدعى]" أى وإن لم يكن للمدعى بينة حلف القاضى المدعى عليه بطلب المدعى لقوله عليه السلام: للمدعى لك بينة، فقال: لا، فقال: لك يمينه، سأل ورتّب اليمين على فقدان البينة، فلا بد من السؤال ليمكنه الاستحلاف، ولا بد من طلبه اليمين؛ لأن اليمين حقه، قيد بتحليف القاضى؛ لأن المدعى عليه لو حلف بطلب المدعى يمينه بين يدى القاضى من غير استحلاف القاضى، فهذا ليس بتحليف؛ لأن التحليف حق القاضى. (البحر)

(٩) قوله: "ولا يرد" وقال مالك والشافعى: لا يقضى بالنكول، بل يرد اليمين على المدعى؛

وهو الذى لا يذكر له سبب ف ك ش

ولابينة(١) لذى اليد فى الملك المطلق، وبينة الخارج أحق،

المدعى عليه مثال للنكول صراحة مثال للنكول دلالة

وقضى(٢) له إن نكل مرةً بلا أحلِف أو سكت،

لأن النكول يحتمل التورّع عن اليمين الكاذبة، والترفع عن الصادقة، كما فعله عثمان، ويحتمل أن يكون لاشتباه الحال، ومع هذا الاحتمال لا يكون حجة، ويمين المدعى دليل الظهور، كما كانت يمين المدعى عليه، فيصار إليه.

ولنا ما فى "الصحيحين": عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم ودماءهم لكن البينة على المدعى واليمين على المدعى عليه»، وفى رواية: «اليمين على من أنكر»، وفى رواية البيهقى: عن ابن عمر بلفظ المدعى عليه لمولى باليمين إلا أن يقوم عليه البينة، ووجه الدلالة أنه ﷺ قسم، والقسمة تنافى الشركة، فدل على أن جنس الأيمان فى جانب المدعى عليه، ولا يمين فى جانب المدعى، إذ الألف واللام لاستغراق الجنس، فمن جعل بعض الأيمان حجة للمدعى، فقد خالف هذا الحديث الذى تلقته الأمة بالقبول حتى صار فى حيز التواتر.

وقد ادعى بعض أهل الأصول أنه مخالف لقوله تعالى: ﴿وَاسْتَشْهِدُوا شَهِيدَيْنِ مِن رِّجَالِكُمْ﴾ الآية، فيكون مردودًا، وروى ابن أبى شيبة فى "مصنفه" عن سالم: أن ابن عمر باع غلامًا له بثلاث مائة درهم، فوجد به المشترى عيبًا، فخاصم إلى عثمان، فقال له عثمان: تحلف إنك بعته بالبراءة، فأبى أن يحلف، فرده عثمان عليه.

وروى أيضًا عن ابن أبى مليكة عن ابن عباس أنه أمره أن يستحلف امرأة، فأبت أن تحلف، فألزمها، وروى أيضًا عن الحارث قال: نكل رجل عند شريح عن اليمين، فقضى شريح عليه، فقال الرجل: أنا أحلف، فقال شريح: قد مضى قضائى، ويبتنى على هذا التنازع القضاء بشاهد ويمين.

وقال مالك والشافعى وأحمد: يقضى بهما لما روى مسلم عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ قضى بشاهد ويمين، وأجيب بأنه منقطع، وقال الترمذى فى "علله الكبير": سألت محمدًا عن هذا الحديث، فقال: إن عمرو بن دينار لم يسمعه من ابن عباس، ولو سلم، فمثل هذه العبارة لا تقيد العموم؛ لأن الحجة فى المحكى لا فى الحكاية، إذ المحكى قد يكون خاصًا. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ولا بينة" أى لا تقبل بينة ذى اليد فى الملك المطلق، وإن أقاما بينة فبينة الخارج أولى، وقال الشافعى: يقضى ببينة ذى اليد لاعتضادها باليد، فيتقوى الظهور، فصار كالنتاج والنكاح وذى الملك مع الإعتاق، والاستيلاد والتدبير، ولنا أن بينة الخارج أكثر إثباتًا وإظهارًا؛ لأن قدر ما أثبته اليد لا يثبته بينة ذى اليد، إذ اليد دليل مطلق الملك، بخلاف النتاج لأن اليد لا تدل عليه، وكذا على الإعتاق وأختيه، وعلى الولاء الثابت بها. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "وقضى [من بينة ذى اليد، إن أقاما البينة فى الملك لسبب]" أى قضى للمدعى إن نكل المدعى عليه مرة صريحًا بقوله: لا أحلف، أو دلالة بسكونه، ويجوز أن تكون اللام فى قوله: وقضى له بمعنى على أى قضى على المدعى عليه، واللام تأتى بمعنى على، قال الله تعالى: ﴿إِنْ أَحْسَنتُمْ أَحْسَنتُمْ لِأَنفُسِكُمْ وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ أى فعليها؛ لأن النكول دل على كونه باذلا أو مقرًا، إذ لو لا ذلك لأقدم

القاضى على المدعى عليه أى ثلاث مرات استحبابًا س م المدعى عليه

وعرض[١] اليمين ثلاثا ندبا، ولا يستحلف[٢] فى نكاح[٣]

بفتح فاء وسكون ياء فهمزة إلى رجوع. (س م) س م كأن ادعى رجل على آخر أنه ولده (س م) س م

ورجعة[٤] وفىء[٥] واستيلاد ورق[٦] ونسب[٧] وولاءٍ[٨]

على اليمين إقامة للواجب دفعا للضرر عن نفسه، فترجح هذا الجانب، ولا وجه لرد اليمين لما قدمناه. (الزيلعى والبحر)

(١) قوله: "وعرض" أى وعرض القاضى على وجه الاستحباب بأن يقول له القاضى: إنى أعرض عليك ثلاثًا، فإن حلفتَ وإلا قضيت عليك بما ادعاه، وهذا الإنذار لإعلامه بالحكم، إذ هو موضع الخفاء، وتكرار العرض لزيادة الاحتياط، والمبالغة فى إبداء العذر، وأما للذهب فإنه لو قضى بالنكول بعد العرض مرة جاز، وهو الصحيح، والأول أولى. (البحر)

(٢) قوله: "يستحلف" وقال أبو يوسف ومحمد: يحلف فى ذلك كله إلا فى الحد واللعان؛ لأبى يوسف ومحمد أن فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول، والنكول إقرار لا بذل؛ لأنه يجوز ممن لا يجوز البذل منه، كالمكاتب والعبد المأذون فى التجارة، والإقرار يجرى فى هذه الأسماء، فيجرى الاستخلاف فيها، لكنه إقرار فيه شبهة، والحدود تندرئ بالشبهات واللعان فى معنى الحدود، ولأن هذه حقوق تثبت مع الشبهة فيجرى فيها الاستحلاف كالأموال، بخلاف الحدود واللعان.

ولأبى حنيفة أن النكول بذل وإباحة تقطع الخصومة بدفع ما يدعيه الخصم؛ لأن اليمين لا تبقى واجبةً مع النكول، وما كان كذلك فهو إما بذل وإقرار، لكن كونه بذلا أولى لئلا يصير كاذبًا بالإنكار السابق، ولهذا لا يجوز إلا فى مجلس القاضى، وبقضاءه، ولو كان إقرارًا لجاز مطلقًا بدون القضاء، وهذه الأشياء لا يجرى فيها البذل والإباحة.

ألا ترى لو قال رجل: أنا حر، ودفعت نفسى إلى هذا يسترقنى، أو قال: أنا ابن فلان وأبحت لهذا أن يدعى نسبى، أو قالت امرأة لست بزوجة لهذا، وأبحت نفسى له، لا يصح، فلا يقضى فيها بالنكول، وإنما جاز من المكاتب والعبد والصبى والمأذون لهما لأن فيه ضرورة، فيدخل تحت الإذن فى التجارة، كما يدخل الضيافة اليسيرة والهداية اليسيرة، إذ لا بد للتجارة من ذلك. (الشمنى)

(٣) بأن ادعى رجل على امرأة أنه تزوجها وأنكرت، أو بالعكس.

(٤) بأن ادعى بعد الطلاق وانقضاء العدة أنه راجع فيها وأنكره، أو بالعكس.

(٥) بأن ادعى بعد مدة الإيلاء أنه فاء إليها فى المدة، وأنكرت، أو بالعكس. (شرح النقاية)

(٦) بأن ادعى رجل على مجهول أنه عبده، أو ادعى المجهول ذلك.

(٧) بأن ادعت أمة على مولاها أنها أم ولد له، وهذا ابنه منه، فأنكر المولى، ولا يتأتى العكس؛ لأن المولى إذا ادّعى أنها أمة له يثبت الاستيلاد بإقراره، ولا يلتفت إلى إنكارها. (شرح النقاية)

(٨) بأن ادعى رجل على آخر أن له عليه ولاء إعتاق وموالاة، أو بالعكس. (شرح النقاية)

بأن ادعى على آخر ما يوجب الحد وأنكر — المعروف بـ"قاضى خان" صاحب الفتاوى — أى الشأن

وحدٍ ولعان(١)، قال القاضى الإمام فخر الدين: الفتوى على أنه

وهى النكاح والرجعة والفىء والرق والنسب والولاء

يُستحلف المنكِر فى(٢) الأشياء الستة، ويستحلف(٣)

بالله ما أخذ أو ماله عليه هذا المال — عن اليمين — المسروق وإن أقر بها قطعه

السارق، فإن نكل ضمن، ولم يقطع، والزوجُ(٤) إذا

عن اليمين

ادّعت المرأة طلاقًا قبل الوطء، فإن نكل ضمن نصفَ المهر،

أى ويستحلف أيضًا منكر القصاص — عن اليمين — أى فى قتل النفس سهو م ف ك د

وجاحد(٥) القَوَد، فإن نكل فى النفس حبس حتى يُقرّ،

---

(١) بأن ادعت امرأة على زوجها أنه قذفها بما يوجب اللعان وأنكر. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "فى" فإن قلت: المذكور تسعة أشياء، قلت: قد ذكرنا أن الحد واللعان مجمع عليهما، فبقيت سبعة، ولكن الاستيلاد ملحق بها؛ لأن الدعوى فيه دعوى النسب، أو دعوى الرقّ، فيبقى ستة، وهى المختلف فيها. (العينى)

(٣) قوله: "ويستحلف" لأن المنوط بفعله شيئان الضمان، ويعمل فيه النكول، والقطع لا يثبت به، فصار كما إذا شهد عليها رجل وامرأتان، قيّد بحد السرقة؛ لأنه لا يستحلف فى غيره من الحدود إجماعًا، ولو كان حد القذف إلا إذا تضمن حقًا، بأن علق عتق عبده بالزنا، وقال: إن زنيت فأنت حر، فادعى العبد أنه قد زنى□ ولا بينة عليه، يستحلف المولى حتى إذا نكل ثبت العتق دون الزنا. (البحر)

(٤) قوله: "والزوج [أى ويستحلف الزوج بالرفع عطف على السارق]" أى يستحلف الزوج إذا ادعت المرأة ذلك، وهذا بالإجماع؛ لأن الاستحلاف يجرى فى الطلاق عندهم، لا سيما إذا كان المقصود هو المال، أشار المؤلف إلى أن الاستحلاف فى المواضع السابقة يجرى عند دعوى المال، فيحلف فى النكاح إذا ادعت هى الصداق؛ لأنه دعوى المال، ثم يثبت المال بنكوله، ولا يثبت النكاح به، وبه علم أنه لا فائدة فى تقييد المؤلف المسألة بالطلاق قبل الدخول، إذ لا فرق بين أن يكون قبل الطلاق، أو بعده قبل الدخول، أو بعده فى الاستحلاف، كما فى "النهاية".

ولا فرق بين أن تدعى المهر، أو نفقة العدة، كما فى "الخانية" وكذا فى النسب إذا ادعى حقًا كالإرث، والحجر فى اللقيط، والنفقة، وامتناع الرجوع فى الهبة؛ لأن المقصود فى هذه الحقوق هو المال، وبيان صور هذه الأربعة فى "النهاية". (البحر والزيلعى)

(٥) قوله: "وجاحد" أى يستحلف جاحد القصاص، فإن نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقرّ، ولا يقتصّ منه، وفيما دون النفس يقتصّ منه، وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: لزمه الأرش فيهما؛ لأن النكول إقرار فيه شبهة عندهما، فلا يثبت فيه القصاص، ويجب به المال خصوصًا إذا كان امتناع القصاص بمعنى من جهة مَن عليه، كما إذا أقر بالخطأ، والولى يدّعى العمد.

وله أن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال، فيجرى فيها البذل، بخلاف الأنفس، فإنه لو قال:

أي وإن كان نكوله فيما دون قتل النفس بنكوله
أو يحلِف، وفيمـــا دونه يقتص.

ولو قال المدّعى: لى بينة حاضرة، وطلب اليمين، لم يُستحلف(١)، وقيل(٢) لخصمه: أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام، فإن(٣) أبى لازمه(٤)، أى دار معه حيث سار، ولو غريبًا لازمه قدر مجلس القاضى، واليمين بالله تعالى(٥) لا بطلاق وعتاق إلا(٦) إذا ألح الخصم، وتغلظ(٧) بذكر أوصافه، لا(٨) بزمان

اقطع يدى فقطعه، لا يجب الضمان، وهذا إعمال للبذل، إلا أنه لا يباح لعدم الفائدة، وهذا البذل مفيد لاندفاع الخصومة به، فصار كقطع اليد للأكلة، وقلع السنّ للوجع، وإذا امتنع القصاص فى النفس واليمين حق مستحق يحبس به، كما فى الثانية. (الزيلعى والبحر)

(١) قوله: "لم يستحلف" لأن ثبوت الحق فى اليمين مرتب على العجز عن إقامة البيّنة، فلا تكون حقه دونه، خلافًا لهما؛ لأن اليمين حقه بالحديث، فإذا طالبه به يجيبه، ولو حاضرة فى مجلس الحكم، لم يحلف اتفاقًا، ولو غائبة عن المصر حلف اتفاقًا، وقدر فى "المجتبى" بمدة السفر. (الدرّ والطحاوى مع تصرّف)

(٢) قوله: "وقيل" كيلا يغيب نفسه، فيضيع حق المدعى، والقياس أن لا يكفل قبل إقامة البيّنة لعدم تعلق حق المدعى حينئذ، وهو مذهب الشافعى، والتقدير بثلاثة أيام مروى عن أبى حنيفة، وهو الصحيح، وعن أبى يوسف التقدير بما بين مجلسى القاضى. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "فإن" أى إن أبى أن يكفل لا يجبره القاضى على التكفيل، بل يأمره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لازمه" لأن فى الزيادة عليه إضرارًا به بمنعه من السفر، وكذا لا يكفل إلا إلى آخر المجلس. (الكشف)

(٥) قوله: "بالله" لما فى "الصحيحين": من حديث ابن عمر أن النبى ﷺ قال: من كان حالفًا فيحلف بالله أو ليصمت، وفى رواية أبى داود وغيره أنه ﷺ قال: «إن الله ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفًا فليحلف بالله أو ليسكت». (شرح النقاية)

(٦) قوله: "إلا" أى لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى، وكثرة الامتناع عن الحلف بالطلاق والطلاق، لكن إن نكل لا يقضى عليه بالنكول؛ لأنه امتنع عما هو منهى عنه شرعًا، ولو قضى عليه

ومكان.

ويُستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موس، والنصرانى بالله الذى أنزل الإنجيل على عيسى، والمجوسى[1] بالله الذى خلق النار، والوثنى[2] بالله، ولا يُحلّفون فى بيوت عبادتهم.

فتركه اليمين بذكر المنزل على نبيهما — أى ويحلف — لكراهة دخولها

بالنكول لا ينفذ، ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد، أو المدعى أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب، لا يجيبه القاضى؛ لأنا مأمورون بإكرام الشهود، والمدعى لا يجب عليه اليمين، لا سيما إذا أقام بينة. (شرح النقاية)

(٧) قوله: "وتغلّظ" أى تؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى، مثل: والله الذى لا إله إلا هو الرحمن الرحيم عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية، ويزيد على هذا إن شاء، وله أن ينقص ويحترز عن عطف بعض الأسماء على بعض كيلا يتكرر عليه اليمين.

ولو غلّظ عليه فنكل عن التغليظ، وحلف من غير تغليظ لا يقضى عليه بهذا النكول؛ لأن المقصود الحلف بالله تعالى، وقد حصل، ولو حلفه بالعطف، فأتى بواحدة ونكل عن الباقى، لا يقضى عليه بهذا النكول؛ لأن المستحق عليه يمين واحدة، وقد أتى. (الزيلعى والشمنى)

(٨) قوله: "لا" أى لا يغلّظ اليمين بالزمان، كبعد العصر يوم الجمعة، والمكان كمنبر النبى ﷺ، والحجر الأسود، وبه قال أحمد والشافعى فى قول، وقيل: يستحب التغليظ بالزمان وبالمكان، وبه قال مالك فيما ليس بمال، ولا يقصد منه المال؛ لقوله ﷺ: لا يحلف أحد عند منبرى هذا على يمين آثمة، ولو على سواك أخضر إلا تبوأ مقعده من النار، أو وجبت له النار، رواه مالك وأبو داود، ولنا: قوله ﷺ: «اليمين على من أنكر»، فالتخصيص بالمكان والزمان لزومًا زيادة عليه. (شرح النقاية)

(١) قوله: "والمجوسى" أى ويحلف المجوسى... إلخ؛ لأنهم يعظّمون النار تعظيم العبادة، فتؤكد بما يعتقدونه معظمًا ليفيد فائدة اليمين، وقيل: إن المجوسى حلف بالله لا غير، كما لا يستحلف بالله الذى خلق الشمس؛ لأن ذكر النار مع الله تعالى يشعر تعظيمها، وما ينبغى أن يعظّم، بخلاف الكتابيين؛ لأن كتب الله تعالى معظّمة، وعن الإمام أنه لا يستحلف أحد إلا بالله خالصًا. (المجمع)

(٢) قوله: "والوثنى [الوثن هو الصنم من خشب، أو حجر، أو غيره، والجمع وثن كأسد وأُسد وأوثان، وحبب إليه من يتدين بعبادته]" أى ويستحلف الوثنى بالله تعالى، ولا يذكر معه شىء آخر؛ لأنه يقرّ به وإن عبد غيره، وجزم ابن الكمال بأن الدهرية لا يعتقدونه تعالى، قلت: وعليه فبما ذا يحلفون؛ لأنهم لا يعتقدون وجود الإله فضلا عن تعظيم. (العينى بحذف والدرّ والطحطاوى)

المدعى عليه　　　　س　　تفسير الحاصل
ويحلف(١) على الحاصل أى بالله ما بينكما بيعٌ قائم
متعلق بالجميع　　　　　　　　　أو بدله
ونكاح قائم، وما يجب(٢) عليك رده، وما هى بائن منك الآن
راجع إلى قوله: وما هى بائن منك الآن
فى دعوى البيع(٣) والنكاح(٤) والغصب(٥) والطلاق.
المدعى　　　　أى المجاورة.　أي أو ادعى　نفقة...إلخ أى البائنة
وإن ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشترى(٦) أو

(١) قوله: "ويحلف" يعنى ولا يحلف بالله ما بعت؛ لأنه قد تباع العين، ثم يقال فيها، ولا يحلف فى النكاح ما نكحت؛ لأنه يطرأ عليه الخلع، ولا فى الغصب ما غصبت؛ لأنه ربما رده، وفى الطلاق ما طلقت؛ لأن الانكاح قد يجدد بعد الإبانة، فيحلف على الحاصل فى هذه الوجوه؛ لأنه لو حلف على السبب يتضرر المدعى عليه، وهذا قول أبى حنيفة ومحمد، أما على قول أبى يوسف يحلف فى جميع ذلك على السبب إلا إذا عرض بما ذكرنا، فحينئذٍ يحلف على الحاصل، وله معنيان، لغوى واصطلاحى هنا، فالأول كما فى القاموس الحاصل من كل شيء ما بقى وثبت، وذهب ما سواه حصل حصولا ومحصولاً . . . اهـ.

والثانى: تحليفه على صورة إنكار المنكر عندهما، وعند أبى يوسف يحلف على السبب، وهو صورة دعوى المدعى، وبيانه إذا ادعى عنده وديعة، أو قرضًا أو غصبًا أو بيعًا فهو ينكر، ويقول ليس لك على شيء، فعلى قولهما يحلف على صور إنكاره بالله ما أودعه، ولا باعه، ولا أقرضه، ومعنى قوله: ويحلف على الحاصل أن الأصل هذا إذا كان سببًا يرتفع إلا إذا كان فيه ترك النظر فى جانب المدعى، فحينئذٍ يحلف على السبب بالإجماع، وذلك مثل أن تدعى مبتوتة نفقة العدة والزوج ممن لا يراها؛ لأنه لو حلف على الحاصل يصدق فى يمينه فى معتقده، فيفوت النظر فى حق المدعى، وإن كان سببًا لا يرتفع برافع، فالتحليف على السبب بالإجماع، كالعبد المسلم إذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الأمة والعبد الكافر؛ لأنه يكرر الزق عليها بالردة واللحاق بدار الحرب، وعليه ينقض العهد واللحاق ولا يكرر على العبد مسلم. (البحر)

(٢) قوله: "ما يجب" وفى قول المؤلف: بالغصب، وما يجب عليك رده قصور، والصواب ما فى "الخلاصة": ما يجب عليك رده ولا مثله، ولا بدله، ولا شيء من ذلك. . . اهـ، وكذا فى قوله: ما هى بائن منك الآن؛ لأنه خاص بالبائن، وأما الرجعى فيحلف بالله ما هى طالق فى النكاح الذى بينكما. (البحر)

(٣) يرجع إلى قوله: ما بينكما بيع قائم.

(٤) يرجع إلى قوله: ونكاح قائم.

(٥) إلى قوله: وما يجب عليه رده.

(٦) مشترى الدار التى ادعى المدعى شفعتها بالجوار.

أى زوج الميتوتة و لما ذكرنا بالإجماع

الزوج لا يراها[١]، يحلف على السبب،

أى ويحلف المدعى عليه على العلم مثلاً ولا بينة للمدعى

وعلى[٢] العلم لو ورث عبداً، فادعاه آخر،

أى على القطع، لا على العلم و أى لو ملكه بالهبة. أى ولو ملكه بالشراء

وعلى[٣] البتات لو وهب له، أو اشتراه، ولو

بأن دفع إلى المدعى شيئًا فداء عن يمينه حتى لا يحلف.

افتدى[٤] المنكر بيمينه أو صالحه منها

الافتداء والصلح وهو مأثور عن عثمان رضى الله عنه. و لأنه أسقط حقه

على شىء صح، ولم يحلف بعده.

باب التحالف[٥]

الحاكم

اختلفا[٦] فى قدر الثمن[٧] أو المبيع[٨]، قضى لمن برهن،

---

(١) أى لا يعتقد حقيقة هذه الدعوى لكونه شافعيًا.

(٢) قوله: "وعلى [أى ويخاف على . . . إلخ]" أى يحلف على العلم إذا ورث عبداً، وادعى آخر أنه له، ولا يحلف على النبات؛ لأن الوارث لا يعلم بما فعل المورث، فيمتنع عن اليمين، فيلحقه بذلك ضرر، وهو محق ظاهرًا، فلا يصار إليه دفعًا للضرر عنه. (ز)

(٣) قوله: "على" أى لوجود المطلق اليمين إذا الشراء سبب لثبوت الملك وضعًا، وكذا الهبة ومراده وصوله إليه بسبب اختيارى، ولو كان غير الشراء والهبة. (البحر)

(٤) قوله: "افتدى" الفرق بين الفدية، والصلح أن الأول يكون بمثل المدعى به أو الأقل، والثانى بالأقل غالبًا. (الكشف)

(٥) المراد به حلف المتعاقدين عند الاختلاف، لما ذكر حكم يمين الواحد ذكر حكم يمين الاثنين، إذ الاثنان بعد الواحد.

(٦) قوله: "اختلفا" أى اختلف البائع والمشترى فى قدر أحدهما، وأقام أحدهما بينة، قضى له؛ لأن فى الجانب الآخر مجرد الدعوى، والبينة أقوى منها. (البحر)

(٧) بأن قال البائع: هو ألف، وقال المشترى خمس مائة.

(٨) أى أو اختلفا فى قدر المبيع، بأن قال البائع: عشرة أرطال، وقال المشترى: خمسة عشر رطلا.

أى البائع والمشترى كلاهما. أى فحُكم المثبت بالزيادة سواء كان بائعًا أو مشتريًا. حالية

وإن(١) برهنا فلمثبت الزيادة، وإن عجزا(٢) ولم

أى لم يرضَ كل واحد منهما ك د

يرضيا بدعوى أحدهما تحالفًا، وبُدى(٣) بيمين

المبيع قطعًا للنزاع ف أي البائع أو المشترى منهما عن اليمين

المشترى، وفسخ القاضى بطلب أحدهما، ومن نكل لزمه(٤)

أى المتعاقدان أى أجل الثمن (ف د ك) أى أو اختلفا

دعوى الآخر، وإن اختلفا(٥) فى الأجل، أو فى شرط الخيار، أو

---

(١) قوله: "وإن" أى إذا أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى؛ لأن البيّنات للإثبات، ولا تعارض فى الزيادة.

أشار المؤلف إلى أنهما لو اختلفا فى الثمن والمبيع، فبيّنة البائع أولى بالثمن، وبينة المشترى أولى فى المبيع نظرًا إلى زيادة الإثبات، ولو حذف القدر لكان أولى؛ لأن الاختلاف فى وصف الثمن والجنس كذلك. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "وإن عجزا" أى وإن عجزا عن إقامة البينة، ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل واحد منهما إما أن ترضى بما قاله صاحبك، وإلا فسخنا البيع عليك تحالفا، وإنما يقول له: ذلك لأن المقصود قطع المنازعة، وهذا طريق فيه، فلعلهما يرغبان فى البيع دون الفسخ، فيرضيان به إذا علما ذلك. (الزيلعى)

(٣) قوله: "بُدئ" لأنه أشد إنكارًا؛ لأنه يطالب بالثمن أولا فهو ينكر الأمرين نفس الوجوب ووجوب الأداء فى الصرف والمقايضة يبدأ القاضى بيمين أيهما شاء. (الكشف)

(٤) قوله: "لزمه" يعنى بقضاء القاضى؛ لأنه بنكوله صار مقرًا أو باذلا، فلم يبقَ دعواه معارضة لدعوى الآخر، فلزم القول بثبوت دعوى الآخر. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "إن اختلفا" هذه عدة مسائل، حكم كل واحد منهما عدم التحالف: أما الأولى: فهى أن يختلفا فى نفس الأجل بأن ادّعى أحدهما أجلا، وأنكر الآخر.

والثانية: أن يختلفا فى شرط الخيار، بأن ادّعى أحدهما شرط الخيار، وأنكره الآخر، والثالثة: أن يختلفا قبض بعض الثمن، بأن ادعى أحدهما أنه استوفى بعض الثمن، وأنكر الآخر؛ لأن ثبوت هذه الأشياء بعارض، والقول لمنكر العارض مع يمينه، وبه قال أحمد، وقال زفر والشافعى ومالك: يتحالفان.

ولنا أن هذا اختلاف فى غير المعقود عليه، والمعقود به، فأشبه الاختلاف فى حط بعض الثمن، أو إبراء كل الثمن؛ لأن بانعدام هذه الأشياء لا يختل ما به قوام العقد، وهو المبيع، أو الثمن، بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه، حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر فى جريان التحالف؛ لأن ذلك يرجع إلى نفس الثمن، فإنه دين وهو يعرف بالوصف والجنس، والشرع إنما علّق التحالف باختلاف المتبايعين، وثبوت البيع إنما يكون بالمعقود عليه وبه، لا بالمذكورات.

والرابعة : أن يختلفا فى مقدار الثمن بعد هلاك المبيع فى يد المشترى عند أبى حنيفة وأبى يوسف ، وقال محمد والشافعي رحمهما الله : يتحالفان ويفسخ البيع على قيمة الهالك ، وعلى هذا الخلاف إذا خرج المبيع عن ملكه ، أو صار بحال لا يمكن رده .

لهما قوله عليه الصلاة والسلام : «إذا اختلف المتبائعان تحالفًا وترادًا مطلقًا من غير اشتراط قيام السلعة» ، والمراد بالاشتراط فى الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه فى حالة أوفى منها كأنه يقول - والله أعلم - : تحالفا وإن كانت السلعة قائمة ؛ لأنه يمكن تمييز الصادق من الكاذب إذا كانت السلعة قائمة لتحكيم قيمتها فى الحال ، ولا يمكن ذلك بعد الهلاك ، فإذا كان يجرى التحالف بينهما مع إمكان المعرفة فأولى أن يجرى عند عدم الإمكان .

ولأبى حنيفة وأبى يوسف قوله عليه الصلاة والسلام : «إذا اختلف المتبائعان والسلعة قائمة تحالفًا وترادًا بشرط أن تكون السلعة قائمة» ، وما روياه من المطلق محمول عليه ، ولفظ التراد فيه يدل عليه ؛ لأن التراد يكون فى القائم دون الهالك ؛ ولأنه يحمل المطلق على المقيد إذا كان الراوى عن النبى ﷺ واحدا بالإجمال ، ويحال ترك الراوى عن النبى ﷺ القيد إلى غفلته وقلة ضبطه ، بخلاف ما إذا اختلف الراويات عن النبى ﷺ ، حيث يترك كل واحد منهما على حاله ، فيعمل بهما مالم يكن الاطلاق والتقييد فى حكم واحد ، ومحل واحد .

وهذان الحديثان ههنا يرويهما ابن مسعود عن النبى ﷺ ، فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا ، والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بيّنا ، فلا يلحق به غيره ، فلا يتعدى إلى حال هلاك السلعة ؛ لأنه ليس فى معناه ، إذ لا يعود كل واحد منهما إلى رأس ماله ، ولا يدعى المشترى فيه شيئًا ، بخلاف ما قبل القبض على ما بينّا .

والخامسة : أن يختلفا فى مقدار الثمن بعد هلاك بعض المبيع ، وصورته : أنه باع عبدين صفقة واحدة ، ثم هلك أحدهما عند المشترى ، ثم اختلفا فى الثمن ، وهذا عند أبى حنيفة ، وقال أبو يوسف : يتحالفان فى القائم ويفسخ العقد فيه ، والقول قول المشترى فى قيمة الهالك ، وقال محمد : يتحالفان عليهما ، ويفسخ العقد فيهما ، ويرد القائم وقيمة الهالك ؛ لأن هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده ، فهلاك بعضها أولى .

ولأبى يوسف أن الامتناع للهلاك ، فيتقدر بقدره ، ولأبى حنيفة أن التحالف لا يمكن فى القائم إلا على اعتبار حصة من الثمن ، فلا بد من القسمة على قيمتها ، والقيمة تعرف بالحرز والظن ، فيؤدى إلى التحالف مع الجهل ، وذا لا يجوز إلا أن يرضى البائع بترك حصة الهالك ، فيتحالفان ؛ لأن الثمن حينئذٍ يكون كل بمقابلة القائم ، ويحتاج الهالك إلى العقد ، ويصير كأن العقد وقع على القائم .

والسادسة : أن يختلف المولى والمكاتب فى قدر بدل الكتابة بعد ما اتفقا على عقد الكتابة ؛ لأن التحالف فى المعاوضات اللازمة ، وبدل الكتابة غير لازم على المكاتب ، فلم تكن فى معنى البيع .

والسابع : أن يختلف رب السلم والمسلم إليه فى قدر رأس المال بعد إقالة السلم ، فقال رب السلم : رأس المال عشرة ، وقال المسلم إليه خمسة ؛ لأن الإقالة فى باب السلم ليس ببيع ، بل هو إبطال من كل وجه ، فإن رب السلم لا يملك المسلم فيه بالإقالة ، بل يسقط ، فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا ، فاعتبر فيه حقيقة الدعوى ، والمسلم إليه هو المنكر حقيقة ، فكان القول له ، ولا يعود السلم .

م ز ف ك أى أواختلفا بعد هلاك بعض المبيع (س م ز ف ك)
فى قبض بعض الثمن، أو بعد هلاك المبيع[1]، أو بعضه، أو فى
س م ف أى أو اختلفا فى...إلخ جواب المسائل المذكورة كلها
بدل الكتابة[2]، أو فى رأس المال بعد إقالة السلم، لم يتحالفا،
أى المتعاقدان
والقول للمنكر مع يمينه، ولو اختلفا فى مقدار الثمن بعد
ولا بينة أى الزوجان
الإقالة تحالفا[3]، ويعود البيع الأول، ولو اختلفا فى المهر[4]
لأنه تورد دعواه بها وهى كاسمها بينة أى فالبيّنة بيّنة المرأة ويبدأ ببينته (س)
قضى لمن برهن، وإن برهنا[5] فللمرأة، وإن عجزا[6] تحالفا[7]،
بتشديد الكاف أى بل يجعل مهر المثل حكمًا لأن الظاهر شاهد له أى بقول الزوج
ولم يفسخ[8] النكاح، بل يحكم مهر المثل فيقضى بقوله: لو

(١) أى أو اختلفا فى مقدار الثمن بعد . . . إلخ.

(٢) أى لو اختلف المولى والمكاتب فى . . . إلخ.

(٣) قوله: "تحالفا" أى اختلف البائع والمشترى فى مقداره، بأن قال المشترى: كان الثمن ألفا، وقال البائع: خمس مائة، ولا بينة لهما، فإنهما يتحالفان، ويعود البيع الأول، أطلقه وهو مقيد بما إذا كان كل من المبيع والثمن مقبوضًا ولم يرده المشترى إلى بائعه، فأما إذا رد المشترى المبيع إليه بحكم الإقالة، فلا تحالف عند أبى حنيفة وأبى يوسف، خلافًا لمحمد؛ لأنه يرى النص معلولا بعد القبض أيضًا، وبما قالا كان ينبغى أن لا تحالف طلقا؛ لأنه إنما ثبت فى البيع المطلق بالسنة، والإقالة فسخ فى حقهما، إلا أنه قبل القبض على وفق القياس، فوجب القياس عليه. (البحر)

(٤) بأن قال الزوج: إنها تزوجها بألف مثلا، وقالت الزوجة: تزوجنى بألفين.

(٥) أى وإن أقام كل من الزوج على دعواه.

(٦) أى الزوجان عن إقامة البينة؛ لظهر أثره فى انعدام التسمية.

(٧) قوله: "تحالفا" أى إذا أقاما البيّنة كانت بينة المرأة أولى؛ لأنها تثبت الزيادة، والبيّنات للإثبات، فكانت أولى، هذا إذا كان مهر المثل يشهد للزوج، بأن كان مثل ما يدعى الزوج، أو أقل؛ لأن الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر، فكانت أولى، وإن كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه، أو أكثر، كانت بينة الزوج أولى؛ لأنها تثبت الحط، وهو خلاف الظاهر، والبينات للإثبات على ما بيّنا، وإن كان مهر مثلها لا يشهد لها، ولا له، بأن كان أقل مما ادعته المرأة أو أكثر مما ادعاه الزوج، فالصحيح أنهما بينهما تران؛ لأنهما استويا فى الإثبات؛ لأن بينتها تثبت الزيادة، وبينته تثبت الحط، فلا تكون أحدهما أولى من الأخرى. (الزيلعى)

(٨) قوله: "لم يفسخ" لأن يمين كل منهما ينتفى به ما يدعيه صاحبه من التسمية، فيبقى العقد بلا

الزوج مما قال الزوج أى بقول المرأة المرأة
كان كما قال، أو أقل، وبقولها: لو كان كما قالت،
مما قالته. أى بين ما قالت: هى، وبين ما قال: هو. أى المؤجر والمستأجر في الأجرة أو المدة.
أو أكثر، وبه لو بينهما، ولو اختلفا فى الإجارة قبل
أى استيفاء المعقود عليه وترادًا أى يتحالفان مع يمينه فى الاستيفاء
الاستيفاء تحالفا(١)، وبعده(٢) لا، والقول للمستأجر والبعض(٣)
معتبر بالكل، وإن اختلف الزوجان فى متاع البيت، فالقول
مع يمينه؛ لأن الظاهر يشهد له أى للزوج أى للزوجين كالفرش والأمتعة
لكل(٤) منهما فيما صلح له، وله فيما صلح لهما، فإن مات(٥)

تسمية، وذلك غير مفسد للنكاح، فلا حاجة إلى الفسخ بخلاف البيع. (العينى)

(١) قوله: "تحالفا" لأن التحالف فى البيع قبل القبض على وفق القياس، والإجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل القبض. (الكشف)

(٢) قوله: "وبعده" أى إن اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان، وكان القول قول المستأجر مع يمينه؛ لأن فائد التحالف الفسخ، والمنافع المستوفاة لا يمكن فسخ العقد فيها، فامتنع التحالف، وهذا عندهما ظاهر؛ لأن هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما، وكذا عند محمد؛ لأن الهلاك إنما لا يمنع عنده فى المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه، فيتحالفان عليها، ولو جرى التحالف هنا، أو فسخ العقد، فلا قيمة؛ لأن المنافع لا تتقوم بنفسها، بل بالعقد، وبالفسخ يرتفع العقد، فيتبين أنه لا عقد، فإذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر؛ لأنه هو المنكر. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والبعض" معناه إذا استوفى بعض المنافع، وبقى البعض، يعتبر كل واحد منهما بالكل، حتى يمتنع التحالف فى المستوفى، ويكون القول فيه قول المستأجر، كما لو استوفى الكل، ويجرى التحالف فى الباقى، ويفسخ العقد فيه، كما إذا لم يستوف شيئًا، وهذا بالإجماع، فأبو يوسف مرّ على أصله فى هلاك بعض المبيع، فإن التحالف فيه عنده يتقدّر بقدر الباقى، فكذا ههنا، وهما خالفا أصلهما فى المبيع.

والفرق لمحمد رحمه الله ما بيّناه فى استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم إلا بالعقد، فلو تحالفا لا يبقى العقد، فلم يكن إيجاب شيء، والفرق لأبى حنيفة رحمه الله أن العقد فى الإجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع، فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدًا مبتدأ على حدة، فلا يلزم من تعذر التحالف فى الماضى التعذر فيما بقى، إذ هما فى حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه، بخلاف ما إذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده فى الكل؛ لأنه عقد واحد، فإذا امتنع فى البعض امتنع فى الكل ضرورة، كيلا يؤدى إلى تفريق الصفقة على البائع. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لكل" ولا فرق فى ذلك بين أن يكون النكاح قائمًا بينهما أو لم يكن قائمًا، ومما يصلح للرجال العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس، فيكون القول

أي فالذي يصلح لهما يكون للحي واختلفا في متاع البيت أي فيكون المتاع للحر أي حياتهما
أحدهما فللحي، ولو[1] أحدهما مملوكًا، فللحر في الحياة،
أي ويكون للحي...إلخ أي موت أحدهما
وللحي في الموت.

يعني في دفع الدعوى

فصل

عند الدعوى عليه الذي يدعي هذا الرجل فلان وهو غائب فلان وهو غائب
قال المدعى عليه: هذا الشيء أودعنيه، أو آجرنيه، أو
أي أعطانيه إياه عارية أي أو قال: المدعى عليه والعين قائمة لا هالكة
أعارنيه فلان[2] الغائب، أو رهنه، أو غصبته منه، وبرهن
أي على ما قاله المدعى عليه أي اشتريته
عليه، دفعت[3] عنه خصومة المدعي، وإن قال ابتعته من

فيها قوله: مع يمينه، ومما يصلح للمرأة الخمار والدرع والأساور وخواتم النساء والحلي والخلخال وأمثال ذلك، فإن القول فيها قولها مع يمينها إلا إذا كان الزوج يبيع هذه الأشياء، فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين، وكذا إذا كانت المرأة يبيع ما يصلح للرجال، لا يكون القول قوله في ذلك. (الزيلعي بحذف)

(٥) قوله: "فإن مات" أي إذا مات أحد الزوجين، واختلف الحي منهما مع ورثة الآخر، كان المتاع ما يصلح لهما، وهو المشكل، وما لا إشكال فيه وهو ما يصلح لأحدهما، ولا يصلح للآخر، فهو على ما كان قبل الموت، وتقوم ورثته مقامه؛ لأن اليد للحي دون الميت، قيد بكونهما زوجين للاحتراز عما إذا طلقهما في المرض، ومات الزوج بعد انقضاء العدة كان المشكل لوارث الزوج؛ لأنها صارت أجنبية لم يبقَ لها يد، وإن مات قبل انقضاء العدة كان المشكل للمرأة في قول أبي حنيفة رحمه الله؛ لأنها ترث فلم تكن أجنبية، فكان هذا بمنزلة ما لو مات الزوج قبل الطلاق. (البحر والزيلعي)

(١) قوله: "ولو" أي لو كان أحد الزوجين مملوكًا، واختلفا في متاع البيت، كان المتاع للحر في حال حياتهما، وللحي منهما بعد موت أحدهما، أيهما كان؛ لأن يد الحر أقوى لأنها يد ملك، ولا كذلك يد المملوك، وأما إذا مات أحدهما فلا يد للميت، فخلف يد الحي عن المعارض، فكان للحي منهما. (الزيلعي)

(٢) يرجع إلى الكل بمعنى أنه فاعل للكل بحكم العطف.

(٣) قوله: "دفعت" لأنه أثبت أمرين: أحدهما: الملك للغائب وهو غير مقبول شرعًا، والآخر: دفع خصومة المدعي، وهذا مقبول، وقال ابن شبرمة: لا تسقط خصومة المدعي؛ لأن البينة تثبت الملك لغائب، ولا ولاية لأحد على غيره في إدخال شيء في ملكه بلا رضاه.
وقال ابن أبي ليلى: تسقط الخصومة بلا بينة؛ لأنه لا تهمة فيما أقرّ به على نفسه، فتبين أن يده يد حفظ لا يد خصومة. (المجمع)

للمدعى عليه / وهذا / الذى هو المدعى عليه

الغائب، أوقال المدعى: [1] سُرق منّى، وقال ذو اليد:

أى ترك عنده وديعة / أى على ما قاله / أى لا تندفع الخصومة / أى هذا الشىء

أودعنيه فلان، وبرهن عليه لا[2]، وإن قال المدّعى: ابتعته من

أى المدعى عليه / الشىء / ظاهره السقوط بلا بينة ويمين

فلانٍ، أو قال ذو اليد: أودعنيه فلان ذلك، سقطت[3] الخصومة.

---

(١) أى أو قال المدعى: سرق... إلخ.

(٢) قوله: "لا" أى لا تندفع الخصومة فى هذه الصورة، وإن أقام المدعى عليه بينة أنه أودعه فلانًا؛ لأن ذا اليد فى المسألة الأولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفًا بأن يده يد ملك، فيكون معترفًا بأنه خصمه، وفى المسألة الثانية أن المدعى لما قال لصاحب اليد: غصبته منى صار ذو اليد خصمًا باعتبار دعوى الفعل عليه، وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالإحالة على غيره؛ لأن اليد فى الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليد، ولا تندفع الخصومة انتفاع يده حقيقة، خلاف دعوى الملك المطلق، وقد ذكرناه من قبل.

ولو أقام الخارج البيّنة، فقضى له به، ثم جاء المقر له الغائب، وأقام بينته على ذلك، تقبل بينته؛ لأن الغائب لم يصر مقضيا عليه، وإنما قضى على ذى اليد خاصة.

وفى المسألة الثالثة قول المدعى: سرق منى يكون دعوى الفعل عليه فى المعنى استحسانًا، وإنما جهله بالبناء للمفعول لأجل الستر عليه، كيلا يقطع، فصار كأنه قال: سرقت منى، وقال محمد: تندفع الخصومة عنه، وهو القياس؛ لأنه لم يدع عليه الفعل، فصار كما لو قال: غصب منى على البناء للمفعول.

ووجه الاستحسان ما بيناه، وهذا بخلاف مسألة الغصب؛ لأنه لم يدع عليه الفعل، وليس فيه ما يوجب العدول عنه، إذ الحد لا يجب على فاعله، فلا يحترز عن كشفه.

ولو ادعى أنه اشتراها من ذى اليد، وقبضها، ونقد الثمن، وأقام ذو اليد البينة أن فلانًا أودعها إياه، اندفعت الخصومة، وإن ادعى على ذى اليد فعلا؛ لأن المدعى عقد استوفى أحكامه، فصار كالعدم، فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع. (الزيلعى)

(٣) قوله: "سقطت" لاتفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعى، فيكون وصوله إلى يده من جهة غير المدعى ضرورة، فلم يكن ذو اليد خصمًا، ولا للمدعى أخذه من يده، إلا أن يقيم البينة أن فلانًا وكّله بقبضه، فيأخذه لكونه أحق بالحفظ، ولو صدقه ذو اليد فى شراءه منه، لا يأمره القاضى بالتسليم إليه حتى لا يكون قضاء على الغائب بإقراره، وهى عجيبة. (الزيلعى)

باب ما يدعيه الرجلان[١]

أى الاثنان بها (ف ك د نصفين أى لو برهنا على...إلخ

برهنا[٢] على ما فى يد آخر، قضى لهما، وعلى[٣] نكاح

أى برهاناهما منهما أى أو هى تكون لمن سبقت بالنكاح أى لو برهنا على...إلخ

امرأة سقطا وهى لمن صدقته، أو سبقت بينته، وعلى[٤] الشراء

واحد أى لكل واحد من المدعى أى بنصف الثمن وإن شاء ترك عن أخذ نصف المدعى بينهما

منه لكلٍ نصفه ببدله إن شاء، وبإباءِ[٥] أحدهما بعد القضاء، لم

---

(١) لما ذكر فيما تقدم دعوى الواحد شرع فى دعوى الاثنين؛ لأن المثنى بعد الواحد.

(٢) قوله: "برهنا" يعنى إذا ادّعى اثنان عينًا فى يد غيرهما، وزعم كل واحد منهما أنها ملكه، ولم يذكرا سبب الملك، ولا تاريخه، قضى بالعين بينهما؛ لعدم الأولوية، لحديث طرفة بن تميم أن رجلين اختصما إلى رسول الله ﷺ فى ناقة، وأقام كل واحد منهما بينة، فقضى بها بينهما نصفين.

وحديث القرعة كان ابتداء الإسلام ثم نسخ، ولأن العمل بالشهادتين واجب ما أمكن، وقد أمكن بالتنصيف، إذ المحل يقبله، وقال الشافعى: تهاترتا فى قول له: إنه يقرع بينهما. (ز والكشف)

(٣) قوله: "وعلى" يعنى لو أقام اثنان بيّنة على أن هذه المرأة زوجته، تهاترت البيّنتان لتعذر القضاء بهما؛ إذ النكاح لا يقبل الاشتراك، وهى زوجة لمن صدقته منهما؛ لأن النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين، فيرجع إلى تصديقها، فيجب اعتبار قولها: إن أحدهما زوجها، أو أسبقهما نكاحًا، إلا إذا كانت فى بيت أحدهما، أو دخل بها أحدهما، فيكون هو أولى، ولا يعتبر قولها؛ لأن تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده إلا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله، فيكون هو أولى؛ لأن الصريح يفوق الدلالة، فلا يعتبر معه.

فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأة، فأقام بينة، فحكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيها بعده لكونها أقوى لاتصال القضاء بها، وهو المراد بقوله، أو سبقت بينة أحدهما؛ لأنهما لما سبقت، وحكم بها تأكدت فلا تنقض بغير المؤكدة إلا إذا أثبتت الثانية أن نكاحه أسبق، فحينئذ تكون أولى؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وعلى الشراء" أى لو برهن الخارجان على الشراء من ذى اليد، خيّر كل منهما، إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء ترك؛ لأن القاضى يقضى به بينهما نصفين لاستواءهما فى السبب، فصار كفضوليين باع كل منهما من رجل، وأجاز المالك البيعين، فإن كلا منهما يخير؛ لأنه تغير عليه شطر عقده، فلعل رغبته فى تملك الكل. (البحر)

(٥) قوله: "وبإباء [أى بامتناع]" أى لو قضى القاضى بينهما، وأبى أحدهما أن يأخذ المبيع، بل اختار الفسخ، فليس للآخر أن يأخذ كله؛ لأنه صار مقضيًا عليه بالنصف، فانفسخ البيع فيه لظهور استحقاقه بالبينة لو لا بينة صاحبه، قيد بقوله: بعد القضاء؛ لأنه قبل القضاء له أخذ الجميع؛ لأنه يدعى الكل، ولم يفسخ عليه والعود إلى النصف للمزاحمة، ولم يوجد ونظيره تسليم أحد الشفيعين قبل

أي كل المبيع / أي فالحكم للسابق منهما

يأخذ الآخر كله، وإن أرّخا[١] فللسابق[٢]، وإلا[٣] فلذي القبض، والشراء[٤] أحق من الهبة، والشراء[٥] والمهر سواء، والرهن[٦] أحق من الهبة، ولو برهن[٧] الخارجان على

والصدقة والرهن

القضاء، ونظير الأول تسليمه بعد القضاء. (الزيلعي)

(١) أي البرهان بأن ذكرت كل واحدة من البيّنتين تاريخًا.

(٢) قوله: "فللسابق" لأنه أثبت الشراء في زمن لا ينازعه فيه أحد، فاندفع الآخر به، فإن كان البائع قبض الثمن منه، رده إليه، كما في "السراج الوهاج": قيد بكونهما أرخا؛ لأنه لو أرّخ أحدهما فقط، فهو لصاحب الوقت لثبوت ملكه في ذلك الوقت، واحتمل الآخر أن يكون قبله، أو بعده، فلا يقضى له بالشك.

وقيد بدعوى الشراء من واحد لأنه لو اختلف بائعهما لم يترجح أسبقهما تاريخًا ولا المؤرخ فقط؛ لأن ملك بائعهما لا تاريخ له. (البحر)

(٣) قوله: "وإلا" أي إن لم يكن لهما تاريخ ومع أحدهما قبض، كان صاحب القبض أولى؛ لأن تمكنه من قبضه دليل على سبق شراءه (ز)

(٤) قوله: "والشراء" معناه إذا ادعى أحدهما شراء من شخص، وادعى الآخر هبة، وقبضا من ذلك الشخص بعينه، وأقاما البينة، ولا تاريخ معهما، كان الشراء أولى؛ لأنه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين، ومثبتًا للملك بنفسه، بخلاف ما إذا اختلف الملك لهما، أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون فيه الشراء أولى؛ لأنهما عند اختلاف الملك يصير كل واحد منهما خصمًا عن ملكه لحاجته إلى إثبات الملك، وهما في ذلك سواء، وفيما إذا اتحد المملك لا يحتاجان إلى إثبات الملك له لثبوته باتفاقهما، وإنما حاجتهما إلى إثبات سبب الملك لأنفسهما، وفيه يقدم الأقوى، وفيما إذا كان معهما تاريخ، والمملك لهما واحد، كان لأقدمهما تاريخًا لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد، بخلاف ما إذا كان المملك لهما مختلفًا، حيث لا يعتبر فيه سبق التاريخ. (ز)

(٥) قوله: "والشراء" يعني إذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل، وادعت امرأة أن ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين، فهما سواء لاستواءهما في القوة، فإن كل واحد منهما معاوضة يثبت الملك بنفسه، وهذا عند أبي يوسف، وقال محمد: الشراء أولى، ولهما على الزوج القيمة؛ لأنه أمكن العمل بالبيّنتين بتقديم الشراء؛ إذ التزويج على عين مملوك للغير صحيح، فيجب قيمته عند تعذر تسليمه، وأفاد باستواءهما أنها بينما، فيكون للمرأة نصفها، ونصف قيمتها على الزوج لاستحقاق نصف المسمى، وللمشتري نصفها، ويرجع بنصف الثمن إن كان أداه، وله فسخ البيع لتفرق الصفقة عليه. (البحر والزيلعي)

(٦) قوه: "والرهن" يعني لو ادعى رهنًا مقبوضًا والآخر هبةً، وقبضا وبرهنا، فالرهن أولى،

المطلق / أى أو أقام بينة على...إلخ / منهمـا تاريخًا / أى أولى فى الصورتين

الملك والتاريخ، أو على الشراء من واحدٍ، فالأسبق أحق،

واحداً / أى رجل آخر

وعلى الشراء[1] من آخر، وذكرا تاريخًا استويا، ولو[2] برهن

وهذ استحسان، والقياس أن الهبة أولى؛ لأنها تثبت الملك والرهن لا يثبته، ووجه الاستحسان أن المقبوض بحكم الرهن مضمون، وبحكم الهبة غير مضمون، وعقد الضمان أقوى.

أطلق الهبة، وهى مقيدة بأن لا عوض فيها، فإن كان بشرط العوض، فهى أولى من الرهن؛ لأنها بيع انتهاء، والبيع أولى من الرهن؛ لأنه ضمان يثبت الملك صورة ومعنى، والرهن لا يثبته إلا عند الهلاك معنًى لا صورةً، فكذا الهبة بشرط العوض.

(٧) قوله: "وبرهن" أى لو أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ، أو على الشراء من واحد غير ذى اليد، وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخًا أولى فيهما؛ لأنه أثبت أنه أول المالكين، فلا يتلقى الملك إلا من جهة، ولم يتعلق الآخر منه، وقيّد بالبرهان على التاريخ منهما فى الأولى؛ لأنه لو أرخت أحدهما دون الأخرى، فهما سواء، كما لو لم يؤرخا عنده.

وقال أبو يوسف: المؤرخ أولى، وقال محمد: المبهم أولى، بخلاف ما إذا أرخت أحدهما فقط فى الثانية، قال: المؤرخ أولى. (الزيلعى والبحر ملخّصًا)

(١) قوله: "وعلى الشراء [أى لو أقام كل منهما بينة على... إلخ]" يعنى لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذى يدعى الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين، سواء كان تاريخ أحدهما أقدم، أو لم يكن لأنهما يثبتان للملك لبائعهما، فيصير كأنهما حضرا. (ز والبحر)

(٢) قوله: "ولو" بيان لثلاث مسائل تقدم فيها بينة ذى اليد على الخارج: الأولى: برهنا على ملك مؤرخ وسبق تأريخ ذى اليد، وهذا عندهما، ورواية عن محمد، وعنه عدم قبولها رجع إليه؛ لأن البينتين قامتا على مطلق، ولم يتعرضا لجهة الملك، فكان التقدم، والتأخر سواء، ولهما أن البينة مع التاريخ متضمنة معنى الدفع، فإن الملك إذا ثبت لشخص فى وقت، فثبوته لغيره بعده لا يكون إلا بالتلقى من جهة، وبينة ذى اليد على الدفع مقبولة.

الثانية: أقام كل من الخارج وذى اليد بينة على النتاج، فصاحب اليد أولى؛ لأن البينة قامت على ما لا يدل عليه اليد فاستويا، وترجحت بينة ذى اليد باليد، فيقضى له، وهذا هو الصحيح.

ودليله من السنة ما روى جابر بن عبد الله أن رجلا ادعى ناقة فى يد رجل، وأقام البينة أنها ناقته نتجت، وأقام الذى فى يديه البينة أنها ناقته نتجها، فقضى بها رسول الله ﷺ للذى هى فى يده، وهذا حديث صحيح مشهور، فصارت مسألة النتاج مخصوصة، وألحقوا بالنتاج ما لا يتكرر سببه لكونه فى معناه؛ لأنه دعوى أوليته الملك كالنسج فى الثياب التى لا تنسج إلا مرة، كالثياب القطنية، وغزل القطن وحلب اللبن، وإن كان سببا يتكرر لا يكون فى معناه، فيقضى به للخارج بمنزلة الملك المطلق، مثل الجزّ والبناء والغرس.

الثالثة: برهن الخارج على الملك المطلق، وذوى اليد على الشراء منه، فذو اليد أولى؛ لأن الأول وإن كان يدعى أولية الملك، فهذا تلقى منه فى هذا لا تنافى كما إذا أقر بالملك له، ثم ادعى الشراء منه.

فذو اليد أحق منه حالية فذو اليد أحق منه

الخارج على ملكٍ مؤرَّخ، وتاريخ ذى اليد أسبق، أو برهنا على

أى الولادة عنده كنسج الثياب القطنية والغزل أى أو برهن الخارج...إلخ أى وبرهن ذواليد...إلخ

النتاج، أو سبب ملك(١) لا يتكرر، أو الخارج على الملك، وذو

أى وبرهن ذواليد...إلخ في المسائل كلها من الخارج وذى اليد

اليد على الشراء منه، فذو اليد أحق منه، ولو(٢) برهن كل على

من الخارج وذى اليد حالية لهما أى البرهانان بغير قضاء المدعاة

الشراء من الآخر، ولا تاريخ سقطا، وتترك الدار فى يد ذى

الدعوى أو الحكم ز ك

اليد، ولا يرجح(٣) بزيادة عدد الشهود.

كائنة بأنه ملكه أى وادعى آخر...إلخ

دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها، وآخر كلها

على ما ادعاه كل منهما مدعى النصف وهو ثلاثة الأرباع (س م ف ك) الدار

وبرهنا، فللأول(٤) ربعها، والباقى للآخر، ولو(٥) كانت فى

(البحر ملخّصًا)

(١) أى أو برهنا على سبب. . . إلخ.

(٢) قوله: "ولو" أى لو أقام كل واحد من الخارج، وذى اليد أو الخارجين، أو ذوى اليد البينة على الشراء من صاحبه، ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان، ويترك المدعى فى يد ذى اليد لا على وجه القضاء، وهذا عندهما، وعلى قول محمد يقضى بالبينتين، ويكون للخارج؛ لأن العمل بهما ممكن، فيجعل كأنه اشترى ذو اليد من الآخر، وقبض ثم باع؛ لأن القبض دلالة السبق، ولا يعكس الأمر؛ لأن البيع قبل القبض لا يجوز، وإن كان فى العقار عنده، ولهما أن الإقدام على الشراء إقرار منه بالملك للبائع، فصار كأنهما قامتا على الإقرارين، وفيه التهاتر بالإجماع، كذا هنا. (البحر والزيلعى)

(٣) قوله: "ولا يرجح" معناه أن أحد الخصمين إذا أقام شاهدين، والآخر أكثر، لا يرجح بكثرة شهوده؛ لأن الترجيح يكون بقوة فى العلة لا بكثرة العلل؛ لأن ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح، وإنما يرجح بالوصف، ولهذا لا ترجح الآية بالآية الأخرى، ولا الخبر بالخبر، وإنما يرجح بقوة فيهما، بأن كان أحدهما متواترًا، والآخر من الآحاد، أو كان أحدهما مفسرًا والآخر مجملا، فيرجح المفسر على المجمل، والمتواتر على الآحاد، لقوة وصف فيه، وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا. (الزيلعى)

(٤) قوله: "فللأول" أى ولو ادعى أحد خارجين نصف دار والآخر كلها، فالربع للأول عند أبى حنيفة، وقالا: الثلث للأول، والباقى للثانى على القولين، لهما أن مدعى الكل يدعى النصفين، والآخر يدعى النصف الواحد، وليس لشىء واحد ثلاثة أنصاف، فيقسم بينهما أثلاثا على قدر حقهما، وهذا طريق العول.

أي في أيدى المدعين أى الدار كلها. وهو مدعى الكل أى الاثنان عندهما حالية أي ذكرا تاريخًا

أيديهما فهي للثاني، ولو برهنا على نتاج دابة، وأرخا،

أى فيقضى لهما بها لشهادة الحال له.

قُضى لمن وافق سنها تاريخه، وإن أشكل[1] ذلك فلهما.

بينة على رجل في يده عين أنه أخذه على وجه الغصب.

ولو[2] برهن أحد الخارجين على الغصب،

أى وبرهن الآخر على أنه عنده على وجه الوديعة في الدعوى على الدابة للقميص

والآخر على الوديعة استويا، والراكب[3] واللابس

ولأبى حنيفة أن مدعى الكل لا ينازعه أحد فى النصف، فيسلم له نصف من غير منازعة، ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر، فيكون بينهما، وهذا طريق المنازعة. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "ولو" أى لو كانت الدار فى أيدى المدعيين، والمسألة بحالها، كانت كلها لمدعى الكل؛ لأن مدعى النصف تنصرف دعواه إلى ما فى يده، لتكون يده يدًا محقةً؛ لأن حمل أمور المسلمين على الصحة واجب، ولو لا ذلك لكان ظالمًا بالإمساك، فاقتصرت دعواه على ما فى يده، ولا يدعى شيئًا مما فى يد صاحبه، ومدعى الكل يدعى ما فى يد نفسه، وما فى يد الآخر، ولا ينازعه أحد فى ما فى يده، فيترك فى يده لا على وجه القضاء، واستوت منازعتهما فى ما فى يد صاحبه، فكانت بينته أولى؛ لأنه خارج فيه، فيقضى له فى ذلك النصف، فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء، والنصف الآخر بالقضاء. (الزيلعى)

(١) قوله: "وإن أشكل" أى إن أشكل من الدابة فى موافقة أحد التارخين يقضى لهما بها؛ لأن أحدهما ليس بأولى بها من الآخر، وهذا إن كانا خارجين، وإلا فهى لذى اليد، وإن خالف سن الدابة الوقتين -معنى المخالفة كون السن بين الوقتين، أو فوقهما أو تحتهما- بطلت البينتان؛ لأنه ظهر كذب الفريقين، فترك فى يد ذى اليد. (الزيلعى والكشف بتصرّف)

(٢) قوله: "ولو" معناه إذا كان عين فى يد رجل، فأقام رجلان عليه البينة، أحدهما بالغصب والآخر بالوديعة، استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفان؛ لأن الوديعة قصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان، ولا يسقط بالرجوع إلى الوفاق، بخلاف ما إذا خالف بالفعل من غير جحود على ما نبينه فى موضعه -إن شاء الله تعالى-. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والراكب" معناه إذا تنازعا فى دابة أحدهما راكبها، والآخر متعلق بلجامهما، أو تنازعا فى قميص أحدهما لابسه، والآخر متعلق بكمّه، كان الراكب واللابس أولى من المتعلق باللجام والكم؛ لأن تصرفهما أظهر، فإنه يتخص بالملك، فكانا صاحبى يد، والمتعلق خارج فكانا، أولى بخلاف ما إذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى؛ لأنها حجة مطلقًا، وبينة الخارج أكثر إثباتًا على ما بينا، وأما اتعلق فليس بحجة. (الزيلعى)

أحق من آخذ اللجام والكمّ، وصاحب[١] الحِمْل[٢] والجذوع[٣] والاتصال أحق من الغـــيـــر.
خبر لقوله: وصاحب الحمل وما عطف عليه

ثوب[٤] في يده وطرفه في يد آخر، نصف، صبي يعبّر عن نفســه، فقال: أنا حر، فالقول له[٥]، وإن قال[٦]: أنا عبد
أي في يد رجل، أي رجل آخر، الثوب بينهما، في يد رجل، أي يعقل ما يقول ويقال له وأنكر صاحب اليد

(١) قوله: "وصاحب" معنى الأول أن يتنازعا في دابة وعليها حمل لأحدهما، كان صاحب الحمل أولى؛ لأنه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد، فكانت في يده، ولو كان الحمل لهما كانت بينهما؛ لاستواءهما، ولا يرجح بكثرة ما في الحمل لأحدهما؛ لأن الترجيح يقع بالقوة لا بالكثرة على ما بيّنّا.
ومعنى الثاني أن يكون حائط عليه هراوي -الهراوي جمع الهروية قصبات قضم ملوية بطاقات من الكرم، فترسل عليها قضبان الكرم [شلبي]- لرجل وللآخر عليه جذوع، أو متصل ببناءه، فهو لصاحب الجذوع، والاتصال دون الهراوي؛ لأن صاحب الجذوع هو المستعمل، وصاحب الهراوي متعلق، والبناء يبنى للجذوع عادة، لا لوضع الهراوي، والمراد بالاتصال تربيع، وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه في لبن جداره، ولبن جداره في لبن البناء التنازع فيه ساج أحدهما مركب على ساج الآخر؛ لا الاتصال بهذه المثابة لا يكون إلا عند البناء، فدل ذلك على أن بانيها واحد في وقت واحد، فترجح به. (الزيلعي ملخّصًا)

(٢) على الدابة إذا تنازع مع آخر فيها، وادعى كل منهما أنها له.

(٣) هو جمع جذع النخلة وغيرها، وهي الأخشاب التي ترص على الجدران لأجل تركيب عليهما.

(٤) قوله: "ثوب" يعني لو تنازع الشخصان في ثوب واحد في يد أحدهما، وطرفه في يد الآخر، كان بينهما نصفين؛ لأن يد كل واحد منهما ثابت في الثوب، إلا أن إحداهما ثابتة في الأكثر، وذلك لا يوجب الترجيح؛ لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة، بخلاف ما إذا كان في يد أحدهما الهدابة، والباقي في يد الآخر، لأن الهدابة ليست بثوب، إذ هي غير المنسوجة، فلم يكن في يده شيء من الثوب، فلا يزاحم الآخر. (الزيلعي بحذف)

(٥) لأنه في يد نفسه، والمدعي خارج، والقول لذي اليد.

(٦) قوله: "وإن قال" بيان لمسألتين حكمهما واحد: الأولى: إن ادعى رجل على صبي يعبّر عن نفسه أنه عبدي، فقال الصبي: أنا عبد لفلان غير ذي اليد، فهو عبد لمن هو في يده.
الثانية: أن الصبي الذي ادعى عليه رجل أنه عبدي لا يعبر عن نفسه، فالحكم أيضًا أنه عبد لمن في يده، أما الأولى فلأنه إقرار لابد له من حيث أنه أقر بالرقية. ولا يقال: الإقرار بالرق من المضار، فلا يعتبر من الصبي، فكيف يصح به إقراره هنا؛ لأنا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي، بل بدعوى ذي

الصبي وقال: أنا حر في المسألتين

لفلان، أو لا يعبر عن نفسه، فهو عبد لمن في يده، عشرةُ[١]

كائنة كائنة أي في يد رجل وواحد في الدار أيضًا التي للدار بين صاحب العشرة والبيت الواحد

أبيات من دارٍ في يده[٢]، وبيت في يد آخر، فالساحة نصفان.

من غير بيّنة أي كل واحدٍ من الاثنين بتشديد أي أحد الاثنين المدعيين فيها

ادعى كل أرضًا أنها في يده، ولبّن أحدهما فيها، أو بنى،

فيها حفرًا أحدهما

أو حفر، فهي في يده، كما لو برهن أنها في يده.

باب دعوى النسب[٣]

أمة أي من حين البيع أي الولد

ولدتْ مبيعةٌ لأقل من مدة الحمل مذ بيعت، فادعاه البائع،

اليد، لعدم المعارض بدعوى الحرية؛ لأنه لما صار في يد المدعى بقي كالقماش في يده، فيقبل إقراره عليه، ولا نسلم أن الإقرار بالرق من المضار؛ لأنه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية، إذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى، بخلاف الإقرار بالدين، أما الثانية فلأن غير المعبر لا يدر أصلا كالمتاع. (عز)

(١) قوله: "عشرة" أي كانت دار مشتملة على أحد عشر بيتًا، وعشرة منهما في يد رجل، وواحد منها في يد رجل آخر، وتتنازعا في ساحة نصف بينهما؛ لأن الساحة يحتاج إليها الملاك لاستعمالها في أنواع المرافق من المرور فيها، والتوضى وكسر الحطب، ووضع الأمتعة، أو نحو ذلك من أنواع المنافع، وهما في ذلك سواء، فتنصف بينهما. (عز)

(٢) قوله: "في يده" لأن اليد في الأرض غير مشاهدة، وهي مقصودة، فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما أنها في يده، فلابد من إقامة البينة أنها في يده، أو من التصرف فيها كالتلبين أو البناء والحفر؛ لأن التمكن من هذه الأشياء دليل على أنها في يده، ثم إن ادعيا أنها في أيديهما لم يقض به بلا بينة؛ لاحتمال أنها في يد غيرهما.

وإن ادعيا أنها في يد أحدهما، فكذلك؛ لأنه يمكن أنهما تواضعا على ذلك، لكن ليس للمقر أن ينازعه في اليد لإقراره أنها في يد صاحبه، وإقراره في حق نفسه مقبول، وكذا لو حلفا أنها ليست في يد صاحبه، فنكل أحدهما، ولو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه لصحة إقراره في حق نفسه.

وإن حلفا جميعا لم يقض باليد لهما، وبرئ كل منهما عن دعوى صاحبه، وإن أقام أحدهما البينة أنها في يده، قضى له باليد فيها، ويكون الآخر خارجًا، وكذا إن لبن أحدهما، أو بنى أو غرس، أو فعل شيئًا آخر مما يدل على أنها في يده، وإن أقاما البينة على اليد، قضى بها لهما. (الزيلعي)

(٣) لـمّا فرغ من دعوى الأموال شرع في بيان دعوى النسب؛ لأن الأول أكثر وقوعًا، فكان أهم ذكرًا فقدّمه.

أى الولد ز ف ك د لأنه قد باع أم ولده لأن مقتضى الفسخ فى العقد
فهو[١] ابنه، وهى أم ولده، ويفسخ البيع، ويردّ الثمن، وإن[٢]
أى مع دعوى البائع، أو بعد دعوى البائع. يثبت النسب من البائع
ادّعاه المشترى معه أو بعده، وكذا[٣] إن ماتت[٤] الأم،
فإنه لا يثبت نسبه منه. أى وعتق الولد والمبيعة فى الحكم الأمة المذكورة
بخلاف[٥] موت الولد، وعتقهما كموتهما[٦]، وإن[٧] ولدت

---

(١) قوله: "فهو" وفى القياس وهو قول زفر والشافعى: أن الدعوة باطلة؛ لأن البيع اعتراف منه أنه عبد، فكان متناقضًا فى دعواه، وجه الاستحسان أن اتصال العلوق بملكه شهادة ظاهرة على كونه منه؛ لأن الظاهر عدم الزنا، ومبنى النسب على الخفاء، فيعفى فيه التناقض، وإذا صحت الدعوى استندت إلى وقت، فبان أنه باعها وهى أم ولده. (الكشف)

(٢) قوله: "وإن" أى لا تعتبر دعوة المشترى مع دعوة البائع أسبق؛ لأنها تستند إلى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق فى ملكه، ودعوة المشترى دعوة تحرير، إذ العلوق لم يكن فى ملكه، فيقتصر، فكانت الأولى أقوى، فلا تعتبر الثانية معها. (الزيلعى بحذف)

(٣) قوله: "وكذا" أى إن ماتت الأم ثم ادعاه البائع، وقد ولدت للأقل يثبت النسب من البائع، ويأخذ الولد؛ لأن الأصل فى ثبوت النسب هو الولد لا الأم، ولذا تضاف الأم إليه، ويقال: أم الولد، وتستفيد الأم الحرية من جهته؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: أعتقهما ولدها، فالثابت لها حق الحرية، وله حقيقتها، والأدنى يتبع الأعلى، فلا يضره فوات التبع. (المجمع)

(٤) وادعاه البائع، وقد جات به لأقل من ستة أشهر.

(٥) قوله: "بخلاف" أى بخلاف ما إذا مات الولد، ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت النسب لعدم حاجته إلى النسب بعد الموت. (الزيلعى والمجمع)

(٦) قوله: "كموتهما" أى إعتاق المشترى الأم والولد كموتهما حتى لو أعتق المشترى الأم دون الولد، فادعى البائع أنه ابنه، صحت دعوته، وثبت نسبه منه، ولو أعتق الولد دون الأم لا تصح دعوته؛ لما ذكرنا أن الولد هو الأصل، فيعتبر قيام المانع به حتى تمتنع الدعوى دون الأم، كما قلنا فى الموت، وإنما كان الإعتاق مانعًا؛ لأنه لا يحتمل النقض بعد ثبوته، كالنسب، فصار إعتاقه، كدعوة أنه ابنه. (الزيلعى)

(٧) قوله: "وإن" وهذا الكلام يشمل وجهين، أحدهما أن تكميل الأكثر من سنتين من وقت البيع، فحكمه أنه لا تصح دعواه لعدم العلوق فى ملكه بيقين، وهو المصحح إلا إذا صدقه المشترى، فيثبت النسب، ويحمل على الاستيلاد بالنكاح للتيقن بأن العلوق لم يكن فى ملكه، ولا يبطل البيع، ولا يعتق الولد، ولا تصير الأمة أم ولد له؛ لأن العلوق حادث بعد البيع، ولا يستند إلى ما قبل البيع حتى يبطل، فكانت هذه الدعوة تحرير، فلا ينفذ إلا فى الملك، إذ لا يقدر غير المالك على التحرير.
والثانى: أن تلد لأكثر من ستة أشهر من وقت البيع، ولأقل من سنتين منه، فحكمه أن دعوة البائع

من وقت البيع فيثبت النسب حينئذ
لأكثر من ستة أشهر، ردّت دعوةُ البائع، إلا أن يصدقه
أي من المدعى فيثبت النسب حينئذ
المشترى، ومن ادعى نسب أحد التوأمين، ثبت نسبهما(١) منه،
أى المشترى من البائع
فإن باع(٢) أحدهما وأعتقه المشترى بطل عتق المشترى.
أى عند غيره، وهذا ليس بقيد، وإنما وقع اتفاقًا. الغائب
صبى(٣) عند رجل، فقال: هو ابن فلان، ثم قال: هو ابنى،
أهداه وصلية س م الصبى
لم يكن ابنه، وإن جحد أن يكون ابنه، ولو(٤) كان فى يد

لا تقبل فيه أيضًا؛ لاحتمال العلوق بعد البيع، فلم يوجد المصحح فيه بيقين، فلم يصح إلا أن يصدقه المشترى، فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه، وتصير الأمة أم ولد له تبعًا للولد، ويبطل البيع لاستناد العلوق إلى ما قبل البيع، لا مكانه، فتبين أنه باع أم ولده، وهذا لأن هذه الدعوة دعوة استيلاد، فتستند. (الزيلعى)

(١) لأنهما من ماء واحد، فمن ضرورة ثبوت أحدهما ثبوت نسب الآخر.

(٢) قوله: "فإن باع" معناه إذا باع أحد التوأمين، فأعتقه المشترى، ثم ادعى البائع الذى لم يبعه أنه ابنه، ثبت نسبهما منه، وبطل عتق المشترى فيه؛ لأن دعوة البائع صحت فى الذى لم يبِعْه، لمصادفته العلوق، والدعوى ملكه فيه، فيثبت نسبه، ومن ضرورة ثبوت نسب الآخر منه؛ لأنهما من ماء واحد، فيلزم منه بطلان عتق المشترى، لكونهما حر الأصل، إذ يستحيل أن يكون أحدهما حر الأصل، والآخر رقيقا، وهما من ماء واحد، فيكون نقض العتق بما هو فوقه، وهى الحرية الثابتة بأصل الخلقة، بخلاف ما إذا كان الولد واحدًا، حيث لا يبط فيه إعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه؛ لأن العتق فيه لو بطل لبطل مقصودًا لأجل حق الدعوى للبائع، وإنه لا يجوز على ما بينا وجهه، وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبعه، ثم يتعدى إلى الآخر ضمنًا وتبعًا، وكم من شيء يثبت ضمنًا، وإن لم يثبت مقصودًا. (الزيلعى)

(٣) قوله: "صبى" معناه إذا كان صبى عند رجل، فقال الرجل الذى عنده الصبى: هذا الصبى ابن فلان الغائب، ثم قال: هو ابنى، لم يكن ابنه أبدًا، وإن جحد فلان الغائب أن يكون الصبى ابنه؛ لأن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته، والإقرار بما لا يحتمل النقض لا يرتد بالرد، فبقى، فيمتنع دعوته، وقالا: إذا جحد المقر له فهو ابن المقر. (الزيلعى والكشف)

(٤) قوله: "ولو" أى ولو كان الصبى فى أيديهما، فادعى النصرانى أنه ابنه، والمسلم أنه عبده، وادعيا معًا، كان حرًا ابن النصرانى؛ لأنه ينال بذلك شرف الحرية فى الحال، والإسلام فى المال، إذ دلائل الوحدانية ظاهرة، فكان فيه الجمع بين المصلحتين، وفى عكسه فوات شرف الحرية، إذ لا قدرة له على اكتسابها، فكان الجمع بينهما أولى.

ولا يقال: ينبغى أن يكون عبدًا للمسلم؛ لأن الإسلام مرجح؟ لأنا نقول: الترجيح يكون عند

مسلمٍ ونصراني، فقال النصراني: هو ابني، وقال المسلم: (أي هو عبدي) عبدي، فهو حرٌّ ابن النصراني.

وإن كان صبي في يد زوجين، فزعم (أي قال الزوج) أنه ابنه من غيرها (أي من غير هذه الزوجة)، وزعمت (أي الزوجة) أنه ابنها من غيره (أي من غير هذا الزوج)، فهو ابنهما[1] (جميعًا)، ولدت[2] مشتراة (أي أمة مشتراة) فاستُحقّت[3] (للمستحق)، غرِم الأب (وهو المشتري) قيمة الولد (يوم التخاصم لا يوم القضاء، ولا يوم الولادة) وهو حر، فإن مات الولد[4] لم يضمن الأب قيمته، وإن ترك مالا (وصلية)، وإن قُتل

التعارض، وهو الاستواء، ولا تعارض هنا؛ لأن النظر له فيما قلنا: أوفر، فانتفى الاستواء، بخلاف ما إذا ادعى كل واحد منهما أنه ابنه، حيث يكون المسلم فيه أولى؛ لاستواءهما في دعوى البنوة، فيرجح المسلم بالإسلام، وهو أوفر للصبي لحصول الإسلام له في الحال تبعًا لأبيه. (الزيلعي)

(١) قوله: "ابنهما" لأن الظاهر أن الولد لهما لقيام يدهما، ثم يريد كل منهما إبطال حق صاحبه، فلا يصدق عليه. (الكشف)

(٢) قوله: "ولدت" يعني لو اشترى أمة فولدت منه، ثم استحقها مستحق، ضمن المشتري قيمة الولد، والولد حر، وكذا إذا ملكها بسبب آخر غير الشراء، أي سبب كان، وكذا إذا تزوجها على أنها حرة، فولدت ثم استحقت، روى ذلك عن عمر رضي الله عنه في النكاح، وعن علي رضي الله عنه في الشراء بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير، فكان إجماعًا. (الزيلعي)

(٣) بأن ظهر لها مستحق فأخذها.

(٤) قوله: "فإن مات الولد [في الصورة المذكورة قبل الخصومة]" قبل الخصومة لا يجب على الأب شيء؛ لأن الولد كان مملوكا للمستحق حقيقة، لم يكن مضمونًا عليه، فإن الولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف في موضعه، فالأولى أن لا يكون مضمونًا عليه مع عدم الملك حقيقة.

وكذا لو ترك مالا؛ لأن الإرث ليس ببدل عنه، فلا يقوم مقامه، فلم يجعل سلامة الإرث كسلامة نفسه، بخلاف ما إذا قتله قاتل، وقبض الأب من ديته قدر قيمته، حيث يجب عليه ضمان قيمته؛ لأن سلامة بدله كسلامته، ومنع بدله كمنعه، وإن لم يقبض شيئًا لا يجب عليه؛ لأن المنع لا يتحقق فيما لم يصل إليه، وإن قبض أقل من قيمته، وجب عليه بقدره اعتبارًا للبعض بالكل، وبخلاف ما إذا قتله الأب؛ لأن المنع تحقق بقتله، كما في ولد المغصوب إذا أتلفه الغاصب. (الزيلعي)

أى يجب عليه ضمان قيمته المشترى أى بثمن الجارية أى وقيمة الولد

الـولـد(١)، غرم الأب قيـمتـه، ويرجع(٢) بالثمن، وقيـمتـه على بائعه لا بالعُقر(٣).

(١) أى إذا قتل الولد قاتل، وقبض الأب من ديته قدر قيمته غرم . . . إلخ .

(٢) قوله : " ويرجع " أى يرجع المشترى بثمن الجارية ، وبقيمة الولد على بائعه ، ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطءها ، أما الرجوع بثمن الجارية فظاهر ، وأما الرجوع بقيمة الولد فلأنه ضمن سلامة الولد فى ضمن سلامة المبيع عن العيب ؛ لأن استحقاق الولد عيب فى الجارية ؛ لأن من منافعها كون ولد مولاها من مولاها حر الأصل بدون الاستحقاق ، فإذا فاتت هذه المنفعة فقد تعيبت ، وأما عدم الرجوع بالعقر فلأنه لزم لاستيفاء منافعها .

(٣) أى لا يرجع المشترى علىى البائع بالعقر بما لزمه من العقر ، وهو مهر المثل .

كتاب[1] الإقرار

هو[2] إخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه إذا أقر حرٌ مكلَّف بحقٍ صحّ[3] (إقرارهُ)، ولو[4] (وصلية) مجهولا كشيء وحقٍّ، ويُجبر (المقِرّ) على بيانه (أي بيان المجهول)، ويبين[5] ماله قيمة (كفلس وجوزة إلا ما لا قيمة له كحبة حنطة)، والقول للمقر مع يمينه (لأنه هو المنكر) إن ادعى المقَرّ له أكثر منه (أي مما بيّن)، وفى[6] مال لم يُصدَّق (المقِرّ) فى أقل من درهم،

(١) قوله: "كتاب" مناسبته أن المدعى عليه إما منكر أو مقر، وهو أقرب لغلبة الصدق من المدعى فى دعواه، ومن المقر فيما أقر به؛ لأن العاقل لا يقر على نفسه كاذبًا فيما فيه ضرر على نفسه وماله، فترجحت جهة الصدق فى حق نفسه لعدم التهمة، وكمال الولاية، بخلاف إقراره فى حق غيره، وهو لغة الإثبات، فإذا كان حسيًا، يقال: أقره، وإذا كان قوليًا أقر، يقال: أقر به، فالإقرار إثبات لما كان متزلزلا بين الجحود والثبوت. (الدرّ والطحطاوى)

(٢) قوله: "هو" هذا فى الشريعة، وقيده بأن يكون على نفسه؛ لأنه لو كان على غيره، أو لغيره يكون شهادة، ولنفسه يكون دعوى. (الزيلعى)

(٣) قوله: "صح" شرط لصحة الاقرار كونه حرًا مكلفًا، فلا يصح إقرار العبد المحجور أصلا، ولا المأذون له إلا فى أموال التجارة، ويصح إقرارهم بالحد والقصاص، وهذا لأن إقراره موجب لتعلق الدين برقبته، وهى مال المولى، فلا يصدق عليه، بخلاف المأذون؛ لأنه مسلط عليه من جهته، وبخلاف الحد والدم؛ لأنهما باقيان فى حقهما على أصل الحرية، حتى لا يصح إقرار المولى بهما على عبده، وعلى اعتبار كونه مكلف لا يصح إقرار الصبى والمعتوه والمجنون؛ لأن مدار أهلية التزام على التكليف إلا إذا كان الصبى مأذونًا؛ لأنه ملحق بالبالغ بحكم الإذن. (عز)

(٤) قوله: "ولو" أى صح إقراره، ولو كان المقر به مجهولا كشيء وحق، بأن قال: عليّ لفلان شيء أو حق، لأن الحق قد يلزمه مجهولا، بأن يتلف مالا، أو يجرح جراحة، أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته، ولا أرشها، ولا قدرها، وهو محتاج إليه لإبراء ذمته بالإيفاء، أو التراضى، فلا يمنع صحة الإقرار، بخلاف الشهادة؛ لأنها لا تجوز إلا بالعلم. (العينى مع زيادة والزيلعى)

(٥) لأنه أخبر عن الواجب فى الذمة ما لا قيمة له، لا يجب فيها.

(٦) قوله: "وفى [أى وفى قوله لفلان: عليّ مال. . . إلخ]" يعنى إذا قال: لفلان عليّ مال، لم يصدق فى أقل من الدرهم؛ لأن ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة، وهو المعتبر.

(أى لزمه) (ز د)
ومال عظيم(1) نصاب، وأموالٌ(2) عظام ثلاثة نُصُب، ودراهم(3)
(أى لزمه عشرة (س م ف ك د)) (أى لزمه ثلاثة)
كثيرة عشرة، ودراهم(4) ثلاثة كذا(5) درهما درهم كذا كذا(6)
(ف) (درهمًا) (بحرف العطف) (ف) (بتشديد اللام)
أحد عشر كـــذا وكـــذا أحدٌ وعشـــرون، ولو ثلّـــث بالواو

(الزيلعى)

(١) قوله: "مال عظيم" يعنى إذا قال: لفلان علىّ مال عظيم، يجب نصاب؛ لأن صاحبه يعد غنياً، والغنى عظيم عند الناس، ثم إن قال: ابتداء عند الإقرار أو ثانيًا عند البيان من الدراهم فبمائتى درهم، أو من الدنانير فبعشرين، أو من الإبل فبخمس وعشرين؛ لأنه أدنى ما يجب فيه من جنسه، وهكذا فى غير مال الزكة بقيمة النصاب. (عز والكشف مع تصرّف)

(٢) قوله: "وأموال" أى وفى قوله: له علىّ أموال عظام يجب ثلاثة نصب من أى مال فسّره؛ لأن أقل الجمع ثلاثة، فلا يصدق فى أقل منه للتيقن به، وإن بينه بغير مال الزكاة، يعتبر أن تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب، ويعتبر الأدنى فى ذلك للتيقن به. (العينى)

(٣) قوله: "ودراهم" أى فى قوله: له علىّ دراهم كثيرة، يجب عشرة دراهم، وقالا: مائتان؛ لأن صاحب النصاب مكثر، وله أن العشرة أدنى مراتب الكثرة التى ترتب عليها الأحكام، كابتغاء النكاح وقطع اليد. (العينى والكشف)

(٤) قوله: "ودراهم" يعنى إذا قال: علىّ دراهم، يلزمه ثلاثة دراهم؛ لأنه أقل الجمع الصحيح، فصار متيقنا به، والزائد على ذلك مشكوك فيه. (الزيلعى)

(٥) أى ولو قال له: علىّ كذا درهمًا، يجب درهم؛ لأن درهمًا تفسير للمبهم.

(٦) قوله: "كذا وكذا" أى ولو قال: له علىّ كذا كذا درهمًا، يجب أحد عشر درهمًا، ولو قال: له علىّ كذا وكذا بحرف العطف، يجب أحد وعشرون درهمًا، ولو ثلّث بالواو، بأن قال: كذا وكذا وكذا درهمًا، تزاد مائة على أحد وعشرين، فيجب مائة وأحد وعشرون.

ولو ربّع بأن قال: كذا وكذا وكذا وكذا درهمًا، زيد على المائة واحد وعشرين ألف درهم، فيجب ألف ومائة وأحد وعشرون؛ لأن هذه الكلمات مبهمة، فيجب حملها على نظير من المفسر، فأقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما أحد عشر، وحرف عطف بينهما أحد وعشرون، وثلاثة أعداد بحرفى العطف مائة وأحد وعشرون، وأربعة أعداد بثلاثة حروف ألف ومائة وأحد وعشرون، ولو ثلّث بلا واو يجب أحد عشر؛ لأنه لا نظير له، فلا يزاد على الأول.

ولو خمّس بالواو، ينبغى أن يزاد عشرة آلاف، ولو سدّس يزاد مائة ألف، ولو سبّع يزاد ألف ألف على هذا كلما زاد عددًا معطوفًا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به إلى ما لا يتناهى. (العينى ملخّصًا والزيلعى)

أى قال: لفظة كذا ثلاث مرات
يـــــزاد مـائةٌ.

أى قال: لفظ كذا أربع مرات ولم يزد على ذلك
ولو ربع زِيد ألف، وعلىّ(١) وقِبلى إقـرارٌ بدين، وعندى(٢)

أى فهو إقرار بالأمانة
معى فى بيتى فى صندوقى فى كيسى أمانة، قال(٣): لى عليك

المخاطب ف ف
ألف، فقـال: اتّزنه أو انتـقده أو أجّلنى به، أو قـضيـتكه، أو

على الغير أى بلا ضمير أى لا يكون إقرارًا رجل إلى شهر مثلا
أحلتك به فـهـو إقـرار، وبلا كناية لا، وإن أقر بديـن مـؤجل،

---

(١) قوله: "وعلىّ" أى ولو قال: له علىّ، أو قال: له قبلى فهو إقرار بدين؛ لأن كلمة على للوجوب، واشتقاقها من العلو، وإنما يعلوه إذا كان دينًا فى ذمته بحيث لا يجد بدًا من قضاءه ليخرج عنه، وكلمة قبل تنبئ عن الضمان، يقال: قبل فلان عن فلان، أى ضمن، وسمى الكفيل قبيلا لأنه ضامن، وسمى الصك الذى هو حجة الدين قبالة؛ لأنه يحفظه كالضامن.

ولو قال المقر فيها: أردت به وديعة، ووصل صدق؛ لأنهما ينبئان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع، والمال محله، فجاز ذكر المحل وإرادة الحال مجازًا، ولكنه خلاف الظاهر، فلا ينصرف إليه عند الإطلاق، ويجوز تفسيره به متصلا؛ لأنه يحتمله مجازًا، ولا يجوز منفصلا؛ لأنه تقرر حكمه بالسكوت، فلا يجوز تغييره بعد ذلك، كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط. (العينى والزيلعى)

(٢) قوله: "وعندى" أى ولو قال: معى أو قال فى بيتى، أو قال: فى صندوقى، أو قال فى كيسى، فهو إقرار بالأمانة؛ لأن هذه المواضع محل للعين، لا للدين، إذ الدين محله الذمة، والعين يحتمل أن تكون مضمونة، أو أمانة، والأمانة أدناهما، فيحمل عليها للتيقن به.

وهذا لأن كلمة عند للقرب، ومع للقران، وما عداهما لمكان معين، فيكون من خصائص العين، ولا يحتمل الدين؛ لاستحالة كونه فى هذه الأماكن، فإذا كانت من خصائص العين تعينت الأمانة لما ذكرنا. (العينى والزيلعى)

(٣) قوله: "قال" أى ولو قال رجل لآخر: لى عليك ألف درهم مثلا، فقال المخاطب: اتّزنه، أى الألف، أو انتقده... إلخ، فهو إقرار، ولو قال بلا كناية، أى بغير هاء الضمير، بأن قال: اتّزن، أو انتقد، أو أجّلنى، أو قضيتك، أو أحلتك لا يكون إقرارًا؛ لأن الهاء كناية عن المذكور فى الدعوى فى جميع ذلك، فصار كأنه أعاد المدعى، وهو الألف، فيكون إقرار بها.

وأما لو لم يكن فيها ضمير لا يكون إقرارًا؛ لأنه لا دليل على انصرافها إلى المال المذكور، فيكون كلامًا مبتدأ، فلا يلزمه شىء.

وقال الشافعى وأحمد: فى اتزن وانتقد أنه ليس بإقرار، به قال بعض أصحاب مالك؛ لأنه يحتمل الإقرار، ويحتمل استهزاء والمبالغة فى الجحود، فلا يكون إقرارًا بالشك. (العينى وشرح النقاية)

وادعى المقرّ له أنه حال، لزمه[١] حالا، وحُلف المقر له على الأجل، وعلى[٢] مائة ودرهم، فهى دراهم ومائةٌ وثوب يفسر المائة، وكذا[٣] مائة وثوبان، بخلاف مائة وثلاثة أثواب.

أقر بتمر فى قوصرة[٤] لزماه[٥]، وبدابة فى إصطبل[٦]

(١) قوله: "لزمه" لأنه أقر بحق على نفسه، وادعى حقًا على المقر له، فإقراره حجة فى حقه، ولا تقبل دعواه بغير حجة، كما إذا أقر بعبد فى يده لرجل، وأنه استأجره منه، فإنه يقبل إقراره به له، ولا تسمع دعواه إلا بحجة، بخلاف ما إذا أقر بالدراهم السود، فصدقه المقر له فى الأصل، وكذّبه فى الصفة، حيث يلزم السود، ولا يقبل قول المقر له فيه؛ لأن السود نوع من الدراهم، فالقول قول المقر فى النوع، والأجل عارض لا يثبت بنفس العقد، بل بالشرط، فالقول قول المنكر فى العوارض، وبخلاف إقرار الكفيل بالدين المؤجل، حيث يكون القول قوله فى الأجل دون المقر له؛ لأن الأجل فى الكفالة نوع، حيث يثبت فيها من غير شرط، بأن كفل دينًا مؤجلا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وعلى" أى ولو قال: له علىّ مائة درهم، فهى أى المائة دراهم استحسانًا، ولو قال: له علىّ مائة وثوب، يلزمه الثوب، لكن يرجع إليه فى تفسير المائة؛ لأن واو العطف يمنع كون ثوب تفسيرًا للمائة، فبقيت على إبهامها، وهو القياس فى مائة درهم، وجه الاستحسان أنهم استثقلوا تكرار لفظ فى عدد واقع فيما يكثر استعماله، وهو المكيل والموزون، بخلاف نحو الثوب -وهذا لأن المكيل والموزون يثبتان فى الذمم حالا ومؤجلا فى جميع المعاملات، فيكثر استعمالهما، بخلاف نحو الثوب؛ لأنه لا يثبت فى الذمة إلا سلما، وبخلاف نحو الشاة، فإنه لا يثبت فيها أصلا-. (العينى والزيلعى والكشف)

(٣) قوله: "وكذا" أى وكذا الحكم فى قوله: له علىّ مائة وثوبان، يلزمه الثوبان، ويفسّر المائة لما بيّنا، بخلاف ما إذا قال: له علىّ مائة وثلاثة أثواب، حيث تكون الأثواب تفسيرًا للمائة؛ لأنه ذكر عددين مبهمين، ثم ذكر تفسيرًا بدون حرف العطف، فانصرف إليها. (العينى والكشف)

(٤) القَوْصَرة والقَوصَّرة مخفف ومثقل: وعاء من قصب يرقع فيه التمر من البوارى.

(٥) قوله: "لزماه" يعنى التمرة والقوصرة، وفسر فى الأصل بقوله: غصبت تمرًا فى قوصرة، ووجهه أنه أقر بغصب تمر حال كونه مظروفًا، ولا يتصور ذلك بدون ظرفه، فلزمه، بخلاف ما إذا قال: غصبت تمرًا من قوصرة؛ لأن كلمة من للانتزاع، فيكون مقرًا بالمنزوع، وعلى هذا الطعام فى الجوالق، أو فى السفينة. (الزيلعى)

(٦) كجَرَدَ وحل، وبالسين: موقف الدواب شامية، والجمع إصطبلات وأصابل.

يعني لايلزمه الإصطبل م أى لو أقر بخاتم لأن الاسم يشملها جميعًا أى لو أقرّ بسيف.أى للمقرّ

لزمته[١] الدابة فقط، وبخاتم له الحلقة والفص، وبسيف له[٢]

حديدة السيف غمدة السيف. لأن الاسم يطلق على هذه الجملة عادة، وهى المعتبرة فى الباب

النصل والجفن والحمائل[٣]، وبحجلة[٤] له العيدان[٥]،

والكسوة وبثوب[٦] فى منديل[٧]، أو فى ثوب لزماه،

حالية

وبثوب فى عشرة له[٨] ثوب، وبخمسة[٩] فى خمسة، وعنى به

---

(١) قوله: "لزمته" لأن غيير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما، وعلى قياس قول محمد رحمه الله: يضمنهما، وعلى هذا الطعام فى البيت، والأصل فى جنس هذه المسائل أن الظرف إن أمكن أن يجعل ظرفًا حقيقة ينظر، فإن أمكن نقله لزماه، وإن لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما؛ لأن الغصب الموجب للضمان لا يتحقق فى غير المنقول.

ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لم يصدق؛ لأنه أقر بغصب تام، إذ هو مطلق، فيحمل على الكمال، وعند محمد رحمه الله لزماه جميعًا؛ لأن غصب غير المنقول متصور عنده، وإن لم يمكن أن يجعل ظرفًا حقيقة، لم يلزمه إلا الأول، كقوله: درهم فى درهم، ولم يلزمه الثانى، لأنه لا يصلح أن يكون ظرفًا له. (الزيلعى)

(٢) لأن الاسم يطلق على الكل.

(٣) جمع الحمالة -بكسر الحاء- وهى علاقة السيف.

(٤) الحجلة محركة كالقبة وموضع يزين بالثياب، والمستور العروس، والجمع حَجَل وحجال.

(٥) جمع عود كالديدان جمع دود.

(٦) قوله: "وبثوب" أى ولو أقر بثوب فى ثوب لزماه، أى الثوب والمنديل فى الصورة الأولى، والثوبان فى الصورة الثانية؛ لأنه ظرف؛ لأن الثوب يلف فى ثوب. (العينى والكشف)

(٧) المندل والمنديل، والمنديل: نسيج يمسح به العرق وغيره، مذكر والجمع مناديل.

(٨) قوله: "له" أى ولو أقر بثوب فى عشرة أثواب له، أى للمقر له ثوب خاصة، وهذا عند أبى يوسف رحمه الله، وقال محمد رحمه الله: عليه أحد عشر ثوبًا؛ لأن النفيس من الثياب قد يلف فى عشرة، فأمكن جعله ظرفًا، كقوله: حنطة فى جوالق، أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير، فيصير كأنه قال: عشرة أثواب فى ثوب.

لأبى يوسف رحمه الله وهو قول أبى حنيفة رحمه الله أولا أن العشرة لا تكون ظرفًا لثوب واحد عادة، والممتنع عادة كالممتنع حقيقة، إذا التعويل عليها، ولأن الثوب إذا لفّ فى ثياب كان كل واحد منهما مظروفًا فى حق ما وراءه، فلا يكون ظرفًا إلا الثوب الذى هو ظاهر، فلا يتحقق أن يكون الكل ظرفًا لواحد، فلغا آخر كلامه.

أى الحسابى لزمه خمسة (ز ك د) أى ولو قال له...إلخ

الضرب خمسة وعشرة[(١)] إن عنى مع له[(٢)] على من درهم إلى

أو قال له: على ما بين أى للمقرّ له أى فى الصورتين (ز س م ز ك)

عشرة، أو ما بين درهم إلى عشرة له تسعة.

لفلان أى لو قال له: من...إلخ

له من دارى بين هذا الحائط إلى هذا الحائط، له ما

أى ما بين الحائفين يعنى دون الحائفين

بينهما[(٣)] فقط، وصحّ[(٤)] الإقرار بالحمل، وللحمل[(٥)] إن بيّن[(٦)]

وحمله على التقديم والتأخير لا يمكن؛ لأن فيه احتيالا لإيجاب المال مع الاحتمال؛ لأن فى قد تكون لمعنى البين، قال الله تعالى: ﴿فَادْخُلِي فِي عِبَادِي﴾ أى بين عبادى، فلا يجب لشك.

وقوله: النفيس من الثياب قد يلفّ فى عشرة أثواب منقوض بما إذا قال: غصبت منه كرباسًا فى عشرة أثواب حرير، فإنه يلزمه الكل عنده مع أنه ممتنع. (الزيلعى والعينى)

(٩) قوله: "وبخمسة" أى لو قال له: علىّ خمسة فى خمسة، وعنى به الضرب المصطلح عند الحساب، لزمه خمسه لما مرّ فى الطلاق أن عمل الضرب فى تكثير الأجزاء لا المال، فإذا قلت: خمسة فى خمسة، تريد به أن كل درهم من الخمسة مثلا خمسة أجزاء، وألزمه زفر بخمسة وعشرين. (عز)

(١) قوله: "وعشرة [أى إن قصد المقر معنى مع]" أى يلزمه عشرة إن أراد به معنى؛ لأن اللفظ وهو حرف فى يحتمله مجازًا، فإذا نوى محتمل كلامه صحت نيته، لا سيما إذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف فى موضعه. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "له" أى وفى قوله: علىّ من درهم إلى عشرة، يلزمه تسعة فيهما عند الإمام؛ لأن الغاية لا تدخل تحت المغيّا، لكن الأداة تدخل هنا بالضروة؛ لأن الدرهم الثانى والثالث لا يتحقق بدون الأولى، وعندهما والأئمة الثلاثة يلزمه عشرة؛ لأن الغاية لا بد أن تكون موجودة، إذ المعدوم لا يصلح أن يكون حدًا للموجود، فوجوده بوجوده، فتدخل الغايتان، وعند زفر يلزمه ثمانية، وهو اعتبر الحدين بالخارجين، وهو القياس؛ لأن بعض الغايات يدخل، وبعضها لا، فلا يدخل بالشك. (المجمع)

(٣) قوله: "ما بينهما" لأن الغاية لا تدخل تحت المغيّا فى المحسوس، ولا المبدأ، بخلاف ما تقدم. (العينى)

(٤) قوله: "وصحّ" أى وصح إقراره، أى الرجل بالحمل، بأن يقر بحمل جاريته، أو شاة لرجل؛ لأن هذا الإقرار له وجه صحيح، وهو أن يكون أوصى به رجل ومات، وأقر وارثه بأن هذا الحمل لفلان، ويحمل عليه، وإن لم يبيّن السبب، وهذا باتفاق، وقال الشافعى: نقل المزنى عنه إن أطلق لا يصح، ، وفى قول: يصح، وهو الأصح، وبه قال أحمد، وقال مالك: يصح إن تيقن بوجود الحمل عند الإقرار.

وله أى وإقراره للحمل إن بين المقر سببًا صالحًا، بأن قال: أوصى له فلان، أو مات أبوه، وتركه ميراثًا، وهو قيد للإقرار له، وإنما قيد به؛ لأنه إن بين فيه سببًا غير صالح بأن قال: باعنى، أو أقرضنى،

م ف لـ د ثلاثة أيام رجل بدين على أنه بشرط...إلخ
سببًا صالحًا(١)، وإلا لا، وإن(٢) أقر بشرط الخيار لزمه المال، وبطل الشرط.

لا يصلح، وإن لم يبين سببًا لم يصح عند أبي يوسف، وقيل أبو حنيفة معه، وبه قال الشافعي، ويصح عند محمد، وبه قال مالك وأحمد والشافعي في الأصح؛ لأن هذا إقرار صدر عن أهله، فيجب إعماله، ويحمل على السبب الصالح تصحيحًا لكلام العاقل، ولأبي يوسف أن الإقرار المطلق ينصرف إلى الكامل، وهو الإقرار بسبب التجارة، وهو البيع ونحوه، فصار كأنه فسّره به. (شرح النقاية)

(٥) أي لحمل امرأة مثلا بأن يقول: مات أبو فورثه، أو أوصى له به فلان.

(٦) قوله: "إن بيّن" يتعلق بالإقرار للحمل، وهو الذي يشترط فيه بيان السبب الصالح؛ لأنه إن بيّن فيه سببًا صالحًا، بأن قال: مات أبوه فورثه، أو أوصى له به فلان يجوز، وإلا فلا، وأما الإقرار بالحمل فجائز بالإجماع، وإن لم يبين السبب. (الزيلعي بحذف)

(١) أي وإن لم يبين سببًا صالحًا لا يصح إقراره.

(٢) قوله: "وإن" معناه أنه إذا قال: عليّ لفلان ألف درهم قرض أو غصب، أو وديعة، أو عارية قائمة، أو مستهلكة على أنه بالخيار ثلاثة أيام، وإنما لزمه؛ لأن الإقرار حجة ملزمة على ما بيّنا من قبل، وهو إخبار عن الكائن، وليس بإنشاء، والإخبار لا يقبل الخيار؛ لأن الخيار ليتغير به صفة العقد، ويتخير من له الخيار بين فسخه وإمضاءه، والخبر لا يتصور فيه ذلك؛ لأنه إن كان صادقًا، فهو صدق، اختار أو لم يختر، وإن كان كاذبًا لم يتغير باختياره، ولا بعدم اختياره، فتعين الإلغاء. (ز)

لـمّا ذكر الإقرار بلا تغيير، شرع في بيان موجبه مع التغيير بالاستثناء والشرع ونحوه

باب الاستثناء[١] وما في معناه[٢]

أى لو كان الاستثناء متصلا بإقراره. بعد الاستثناء، وهو المستثنى منه. أى لا يصح

صحّ[٣] استثناء بعض ما أقر به متصلا، ولزمه الباقى، لا[٤]

---

(١) قوله: "الاستثناء" هو عندنا تكلم بالباقى بعد الثنيا باعتبار الحاصل من مجموع التركيب، ونفى وإثبات باعتبار الأجزاء، فالقائل له عشرة إلا ثلاثة له عبارتان مطولة، وهى ما ذكرناه، ومختصرة وهى أن يقول: له علىّ سبعة، وهذا معنى قولهم: تكلم بالباقى بعد الثنيا، أى بعد الاستثناء، وعند الشافعى إخراج بعد الدخول بطريق المعارضة.

واستشكل بوقوعه فى الطلاق ونحوه، إذ لا يحتمل الرجوع والرفع بعد الوقوع، وتظهر ثمرة الخلاف فى نحو: له علىّ ألف إلا مائة أو خمسين، عندنا يلزمه تسع مائة؛ لأنه لما كان تكلم بالباقى وكان مانعًا من الدخول شككنا فى المتكلم به، والأصل فراغ الذم، فكأنه قال: تسعمائة أو تسع مائة وخمسون، وعنده لما وصل الألف صار الشك فى المخرج، فيخرج الأقل، وهو خمسون، والباقى بحاله. (الدرّ والطحطاوى)

(٢) فى كونه مغيرًا كالشرط ونحوه.

(٣) قوله: "صحّ" لأن الاستثناء مع الجملة، أى الصدر عبارة من عن الباقى؛ لأن معنى قوله: علىّ عشرة إلا درهمًا، بمعنى قوله: علىّ تسعة، ويصح استثناء الأقل أو الأكثر، وهو قول الأكثر لورودهما فى كلام الله تعالى، وهو المذهب، كما فى "التبيين".

وقال الفرّاء: استثناء الأكثر لا يجوز؛ لأن العرب لم يتكلم بذلك، وهو مذهب زفر، وفى "النهاية": وهو الصحيح، ولا فرق بين أن يكون استثناء الأقلّ أو الأكثر، وإن لم يتكلّم به العرب، ولا يمتنع صحته، إذا كان موافقًا لطريقهم كاستثناء الكسور، ولم يتكلّم به العرب، وهو الصحيح، ولا فرق بين أن يكون الاستثناء مما لا يقسم أو مما يقسم حتى إذا قال: هذا العبد لفلان إلا ثلثه، أو قال: إلا ثلثيه صح. (المجمع)

(٤) قوله: "لا" أى لا يصح استثناء الكل؛ لأن الاستثناء تتكلم بالحاصل بعده، ولم يبق شىء يصير متكلما به، فيكون رجوعا، فلا يصح، وهذا إذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى منه، مثل أن يقول: علىّ عشرة إلا عشرة، أو يقول: هؤلاء أحرار إلا هؤلاء، وأما إذا كان بخلاف لفظه يجوز، وإن أتى على الكل، وذلك مثل أن يقول: عبيدى أحرار إلا هؤلاء، أو يقول: نسائى طوالق إلا هؤلاء، أو يقول: عبيد أحرار إلا مباركًا وسالمًا وبزيعًا، أو يقول: نسائى طوالق إلا زينب وعمرة وفاطمة، وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى، صحّ الاستثناء، فلا يعتق واحد منهم، ولا تطلق واحدة منهن؛ لأنه إذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شىء من المستثنى منه، إذ اللفظ صالح له، وذلك يكفى لصحة الاستثناء، ولا يشترط حقيقة البقاء؛ لأن الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظًا لا بتحقق ما دخل تحته. (الزيلعى)

وهو الاستثناء المستغرق　　م ز د　　وكذا للمعدود المتقارب كالفلوس والجوز

استثناء الكل، وصح[١] استثناء الكيلي والوزني، من الدراهم لا

ف ك

غيرهما[٢].

المقر　　أي لفظ "إن شاء الله"　　فلا يلزمه شيء

ولو وصل بإقراره إن شاء الله، بطل[٣] إقراره، ولو[٤]

---

(١) قوله: "وصح" قال في "المجمع": ولو استثنى كيليًا، أو وزنيًا، أو عدديًا متقاربًا من دراهم، بأن قال: له عليّ مائة درهم إلا قفيز بر، أو إلا دينارًا، أو إلا مائة جوز، صحّ بالقيمة استحسانًا عند الشيخين، ولزمه مائة درهم إلا قيمة القفيز، أو الدينار، أو الجوز؛ لأن الاستثناء إخراج البعض من المستثنى منه من حيث المعنى، إذ المقدرات جنس واحد معنى، ولو أجناسًا صورةً؛ لأنها تثبت في الذمة ثمن، فكانت جنسًا واحدًا في حكم الثبوت في الذمة، والقياس أن لا يصح هذا الاستثناء، وهو قول محمد وزفر، وعن هذا قال: خلافًا لمحمد؛ لأن الاستثناء إخراج بعض ما يتناوله صدر الكلام على معنى أنه لو لا الاستثناء لكان داخلا تحت الصدر، وهذا لا يتصور في خلاف الجنس.

ولو استثنى منها، أي من الدراهم شاةً، أو ثوبًا، أو دارًا، بطل اتفاقًا؛ لأن ذلك القدر لا يفيد الاتحاد الجنسي، بل لابد من وجود الثمنية، ولو معنى، وقال مالك والشافعي: يجوز في كل واحد من الكيلي والوزني والعددي لتحقق المجانسة من حيث المالية، فيطرح قدر قيمة المستثنى، ولزمه الباقي.

(٢) قوله: "غيرهما" حتى إذا قال: عليّ ألف درهم إلا قفيز حنطة، أو إلا دينارًا صح، وكذا لو قال: عليّ مائة دينار إلا قفيز شعير، أو إلا عشرة دراهم صح، ولو قال: عليّ مائة درهم إلا ثوبًا لا يصح. (الزيلعي بحذف)

(٣) قوله: "بطل" لأن التعليق بمشيئة الله إما إبطال عند أبي يوسف، أو التعليق عند محمد، والثمرة تظهر في تقديم المشيئة، كقوله: إن شاء الله أنت طالق، فعند أبي يوسف لا يقع؛ لأنه إبطال، وعند محمد يقع؛ لأنه تعليق، فإذا قدّم الشرط لما ذكرنا والجواب لم يتعلق، وبقي الطلاق من غير شرط، فإن كان الأول فقد أبطله، وإن كان الثاني، فكذلك، أما لأن الإقرار لا يحتمل التعليق، أو لأنه شرط لا يوقف عليه، وكذا إن علقه بمشيئة من لا تعرف مشيئته كالملائكة والجن أي إنشاء الجن أو الملائكة؛ لأنه لا تعرف مشيئتهم، فلا يقع عليها؛ لأن الأصل براءة الذمم، فلا يثبت بالشك. (الكشف بتصرّف والمجمع)

(٤) قوله: "ولو" أي ولو استثنى البناء من الدار، بأن قال: هذه الدار لزيد، والبناء لنفسي، فهما أي لادار والبناء جميعًا للمقر له؛ لأن البناء داخل في الدار تبعًا لا مقصودًا باللفظ، حتى لو استحق البناء في فصل البيع قبل القبض، لا يسقط شيء من الثمن بمقابلته، بل يتخير المشتري، والاستثناء تصرف في الملفوظ. (العيني والكشف)

استثنى البناءَ من الدار، فهما للمقَرّ له، وإن[1] قال: بناءها لى، والعرصة لك، فكما قال.

ولو قال[2]: علىّ ألفٌ من ثمن عبد لم أقبضه، فإن عين العبد، وسلّمه إليه، لزمه الألف، وإلا لا[3]، وإن لم يعين[4]

(١) قوله: "وإن" أى وإن قال المقر: بناءها لى، والعرصة أى البقعة لك، فهو أى الحكم، أو إقراره كما قال: بأن يكون البناء والعرصة للمقر له؛ لأن العرصة عبارة عن البقعة الخالية عن البناء، فكأنه قال: بياض هذه الأرض له دون البناء. (العينى والكشف)

(٢) قوله: "ولو قال" أى إن عيّن المقر العبد، وسلمه المقر له إلى المقر، لزم المشترى الثمن بهذا القيد؛ لأنه أقر له بألف على صفته، فيلزم على الصفة التى أقر بها، وهذه المسألة على وجوه، أحدها ما ذكرنا، وهو ما إذا صدّقه وسلمه إليه، وحكمه ما ذكرنا؛ لأن ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانًا.

والثانى: أن يقول المقر له: العبد عبدك ما بعتكه، وإنما بعتك عبدًا آخر، وسلمته إليك، والحكم فيه كالأول؛ لأنهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به، غير أنهما اختلفا فى سبب الاستحقاق، ولا يبالى باختلافهما، ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود، واتحاد الحكم، فصار كما إذا أقر له بغصب ألف درهم، فقال المقر له: هى قرض، فإنه يؤمر بالدفع إليه لاتفاقهما على الاستحقاق.

والثالث: أن يقول: العبد عبدى ما بعتكه، وحكمه أن لا يلزم المقر شىء لما ذكرنا أنه أقر له على صفته، وهى سلامة العبد له، فلا يلزمه بدونها.

والرابع: أن يقول المقر: لم أبعك هذا العبد، وإنما بعتك عبدًا آخر، فحكمه أن يتحالفا؛ لأنهما اختلفا فى المبيع، وهو يوجب التحالف. (الزيلعى)

(٣) أى وإن لم يسلم المقرّ له العبد إلى المقرّ لا يلزمه شىء.

(٤) قوله: "وإن لم يعين" أى وإن لم يعين المقر العبد لزمه الألف، كما إذا أقر بألف من ثمن خمر، فإنه يلزمه الألف، ولم يقبل قوله أنه لم يقبض الألف، ولا تفسيره بثمن الخمر، وصل أم فصل، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبويوسف ومحمد رحمهما الله: إن وصل صدق فى المسألتين، فلا يلزمه شىء.

وإن فصل لم يصدق، إذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبد، أو خمر؛ لأنه أقر له، وبيّن سببه، وهو غير صالح؛ لأن ثمن عبد مجهول لا يجب، سواء كانت الجهالة عند العقد أو بعده باختلاط بأمثاله؛ لأنه يفسد به العقد، أو يهلك به المبيع قبل القبض، فلا يجب الثمن، وكذا ثمن الخمر لا يجب، وصدر كلامه يقتضى الوجوب، فصار بيانًا مغيرًا كالاستثناء والشرط، والمغير يصح موصولا لا

لزمه الألف، كقوله(١): من ثمن خمر، أو خنزير، ولو قال(٢): من ثمن متاع، أو أقرضني، وهي زيوف(٣)، أو نَبَهرَجَة(٤) لزمه الجياد، بخلاف(٥) الغصب والوديعة، ولو قال: إلا أنه ينقص كذا متصلا، صدق(٦) وإلا لا.

ومن أقرّ بغصب ثوب، وجاء بمعيب صُدّق، وإن قال:

مفصولا.

و لأبي حنيفة رحمه الله أن صدر كلامه لما كان للوجوب فإتيانه في آخره ينافي الوجوب رجوع عنه، فلا يصح موصولا، أو كان مفصولا. (الزيلعي)

(١) أي كما يلزمه الألف في قوله له: عليّ ألف من. . . إلخ.

(٢) قوله: "لو قال" أي لو قال: عليّ ألف من ثمن متاع أو أقرضني، وهي أي الألف زيوف أو نبهرجة، أو ستوقة، أو رصاص لزمه الجياد؛ لأن البيع أو القرض على الجياد، فلا يجوز التفسير بضدها، هذا عند الإمام؛ لأنه رجوع عن إقراره، وصل أو فصل، وقالا: يلزمه ما قال إن وصل، لما مرّ من أنه بيان تغير، فيصدق موصولا لا مفصولا، وبه قالت الأئمة الثلاثة.

وإن قال: له عليّ ألف من غصب أو وديعة، وهو زيوف أو نَبَهرَجَة، صدق اتفاقًا، وصل أو فصل، فيلزمه ما أقر به؛ لأن الغصب لا يقتضي السلامة، وكذا الوديعة؛ لأن الشخص يغصب بما يجده، ويودع بما يملكه، فلا يكون رجوعًا، بل بيانًا للنوع، فصدق مطلقًا. (المجمع)

(٣) جمع زيف: وهو ما زيفه بيت المال ولا يقبله.

(٤) أي أو قال: هي نَبَهرَجَة.

(٥) بأن قال: غصبت منه ألفًا، أو أودعني ألفًا، ثم قال: هي زيوف، أو نَبَهرَجَة صدّق مطلقًا.

(٦) قوله: "صدق" أي وقال المقر: له عليّ ألف درهم إلا أنه ينقص كذا هي مائة درهم مثلا، واستثنى ذلك استثناء متصلا بكلامه، وإن لم يستثن متصلا لا يصدق؛ لأنه استثنى القدر، فيكون تغييرًا، فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا غير مرة.

ولو كان لانقطاع النفس، أو بسبب دفع السعال، فعن أبي يوسف أنه يصح إذا وصله به، وعليه الفتوى؛ لأن الإنسان يحتاج إلى أن يتكلم بكلام كثير، ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد، فلو لم يجعل عذرًا يكون عليهم حرج، وعليه الفتوى. (العيني بحذف والزيلعي)

عندى / المقرّ له / أى بل أخذتها. / أى حال كونك غاصبًا
أخــذت منك ألفا وديعة، وهلكت، وقال: أخذتها غصبـــا،
فالقول قول المقرّ له مع يمينه. / المقرّ / وهلكتِ عندى / أى لا يضمن المقرّ
فهو ضامن، وإن قال: أعطيتنيها وديعةً، وقال: غصبتَنيها لا[1]،
رجل / الشىء / أى كائنة لِي / المقرّ له / المقرّ
وإن قال: هذا كان وديعة لى عندك، فأخذتُه، فقال: هو لى
جواب لقوله: وإن
أخذه[2]، وإن قال: آجرتُ بعيرى، أو ثوبى هذا فلانًا فركبَه أو
إلىّ، وقال: بل هما لى / فى ذلك (س م ف ك)
لبسه، فرده، فالقول للمقر[3]، ولو قال: هذا الألف وديعة فلانٍ
عندى، ثم قال: لا...إلخ / الذى ذكره / أى للمقــرّ له الأول
لا، بل وديعــة لفــلان، فـالألف للأول، وعلى المقــر مــثله[4]
أى للمقرّ له الثانى
للثانى.

---

(١) قوله: "لا" والفرق أن الأخذ سبب الضمان الحديث: «على اليد ما أخذت حتى يرد» وهو يتناول رد العين حال بقاءها، ورد المثل حال زوالها، لقيامه مقامهما، وقوله: وديعة دعوى الإبراء، ولا بد لها من الحجة، وفى الفصل الثانى أضاف الفعل إلى غيره، وذلك الغير يدعى عليه الغصب، وهو ينكره. (الكشف)

(٢) قوله: "أخذه" لأن المقر أقر باليد له، ثم بالأخذ منه، وهو سبب الضمان على ما بينا، وادعى استحقاقه عليه، فلا تقبل دعواه، فوجب عليه رد العين إن كان قائمًا، وإلا فقيمته، وكذا لو قال: أقرضتك ألف درهم، ثم أخذتها منك، يجب على المقر دفعها إليه لما ذكرنا. (ز)

(٣) قوله: "للمقر" استحسانًا، والقياس أنها كالوديعة، وهو قولهما؛ لأن المقر اعترف بيد المقر له، ثم ادعى عليه الاستحقاق، فيقبل إقراره له دون دعواه عليه، وجه الاستحسان أن يد المستأجر ضرورية، تثبت لاستيفاء المعقود عليه، فهى عدم ما وراء الضرورة، فلا يكون له باليد مطلقًا، بخلاف الوديعة؛ لأن اليد فيها مقصودة، والإيداع إثبات اليد قصدًا. (الكشف والمجمع)

(٤) قوله: "مثله" لأنه لما أقر به للأول صح إقراره له، وصار ملكًا له لثبوت يده، وقوله بعد ذلك: لا بل وديعة لفلان إضراب عنه، ورجوع، فلا يقبل قوله فى حق الأول، ويجب عليه ضمان مثلها للثانى؛ لأنه أقر له بها، وقد أتلف عليه بإقراره بها للأول، فيضمن له؛ لأنه متعد بإقراره للأول فى حقه، بخلاف ما إذا قال: هى لفلان، لا بل لفلان، حيث لا تجب عليه للثانى؛ لأنه لم يقر بالإيداع منه، وإنما أقر به للأول، ثم رجع وشهد به للثانى، فرجوعه لا يصح، وشهادته لا تقبل.
وفى مسألة الكتاب أقر بالإيداع من الثانى، وقد عجز عن رد الوديعة بفعله، فصار مستهلكًا لهما، فيضمن. (الزيلعى)

أفرد إقرار المريض بباب لكثرة أحكامه

باب[1] إقرار المريض[2]

أي الدين الذي لزمه ف ك د

دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب[3] معروف، قدم[4]

أي مرض موته بدين أو عين

على ما أقر به في مرضه، وأُخّر[5] الإرث عنه، وإن أقر المريض

ف ك د الإقرار من الورثة

لوارثه بطل[6]، إلا أن يصدقه البقية.

---

(١) قوله: "باب" أخر إقرار المريض إما لأن المرض عارض، والأصل عدم العارض، أو لأن في إقرار المريض اختلافًا في بعض الصور، كما سيجيء بيانه، وإقرار الصحيح ليس فيه اختلاف، فكان أقوى وبالتقديم أولى. (الشلبي)

(٢) أي إقراره بدين نافذ من كل ماله، وأخر الإرث عنه.

(٣) كالاستقراض والشراء بمثل القيمة مع قبض المبيع، والاستئجار والنكاح بمهر المثل، وكان كل منها بمعاينة الشهود. (الكشف)

(٤) قوله: "قدم" وقال الشافعي رحمه الله: دَين الصحة والمرض -أي دين المرض سواء كان بسبب معاين أو بإقراره- سواء؛ لأن إقراره في المرض صدر عن عقل ودين، ومحل الوجوب الذمة، فصار كإنشاء التصرف مناكحة ومبايعة، ودين إنشاء التصرف في المرض مساوٍ لدين الصحة، فكذا دين الإقرار في المرض.

ولنا أن في إقراره إبطال حق الغير؛ لأن حق غرماء الصحة تعلق عند حدوث المرض بهذا المال الإستيفاءً، وأما قبل حدوثه فلم يتعلق حقهم بالمال لقدرته على الاكتساب، وهذا بخلاف النكاح بمهر المثل؛ لأنه من الحوائج الأصلية، وبخلاف المبايعة بمثل القيمة؛ لأن حقهم إنما تعلق بالمالية لا بالصورة. (الكشف مع تصرّف)

والدين الذي لزمه بسبب معروف هو كل دين وجب عليه من ثمن ملكه أو استهلكه، أو علم وجوبه بالبينة. (عز)

(٥) قوله: "أُخّر" لما عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال: إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث، فإنه جائز، ، وإن أحاط ذلك بماله، وإن أقر لوارث فغير جائز، إلا أن يصدقه الورثة، والموقوف فيه كالمرفوع لأنه من المقادير، حيث قال: وإن أحاط بماله -أي كله- . (الكشف مع تصرّف)

(٦) قوله: "بطل" وقال الشافعي في أحد قوليه: إنه يصح، ولنا قوله عليه السلام: «لا وصية لوارث ولا إقرار له بالدين»، هذه الزيادة شاذة غير مشهورة، وإنما المشهور أنها قول عمر، لكن لم يعرف له مخالف على ما في "البدائع"، فكان: إجماعًا، ولأنه تعلق حق الورثة بماله في مرضه، وفي الإقرار إبطال حق الباقين، فيه أن تعلق حقهم بعد الفراغ من الحوائج الأصلية والدين منها، والجواب أن ظهور

المريض أى استغرق المريض مجهول النسب

وإن أقرّ لأجنبى صحّ(١)، وإن أحاط بماله، وإن أقرّ لأجنبى

أى بأنه ابن له ك أى المريض أى لامرأة أجنبية

ثم أقر ببنوته، ثبت نسبه، وبطل(٢) إقراره، وإن أقر لأجنبية، ثم

إقراره لها (ز) حيث لا يصحان لها أيضًا، كما لا يصح للوارث

نكحها، صح(٣) بخلاف(٤) الهبة والوصية، وإن أقر لمن

أى فى المرض رجل

طلّقها(٥) ثلاثًا فيه، فلها الأقل(٦) من الارث والدين، وإن أقر

النسب أى لمثل هذا المريض د فرك لو مميزًا وإلا لم يحتج لتصديقه

بغُلام مجهول يُولد مثله لمثله أنه ابنه، وصدّقه الغلام، ثبت(٧)

الحاجة مشوب بالتهمة؛ لأن الدين لم يثبت إلا بإقراره، وهو متهم فيه بإيثار بعض الورثة حين عجزوا عن إيثاره بالوصية.

وكون المرض حال الندامة والتدارك لا ينفى هذه التهمة لنص: ﴿فَمَن خَافَ مِن مّوصٍ جَنَفًا أَوْ إِثْمًا﴾ بعد قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيكُم إذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوتُ﴾ وقوله: إلا أن يصدقه البقية؛ لأن الحجر كان لحقهم، فإذا صدقوه، فقد أقروا بتقدمه عليهم، فيلزمهم. (الكشف مع تصرّف)

(١) قوله: "صح" إذ لو لم يصح إقراره للأجنبى فى المرض لامتنع الناس عن معاملته فى الصحة، وقل ما يقع المعاملة مع الوارث؛ ولأنها للاسترباح، ولا استرباح مع الوارث لاستحياءه عن المماكسة معه، فلا بأس بامتناعه عنها. (الكشف مع تصرّف)

(٢) قوله: "وبطل" لأن دعوة النسب تستند إلى زمان العلوق، فظهر أن البنونة ثابتة زمان الإقرار فبطل، إلا عند الشافعى فى الأصح. (المجمع)

(٣) قوله: "صح" وقال زفر رحمه الله تعالى: يبطل لأنها وارثة عند الموت، فتحصل التهمة.

ولنا: أنه أقر، وليس بينهما بسبب التهمة، فلا يبطل بسبب يحدث بعده، ولهذا قال فى "البحر" وغيره: والعبرة لكونه وارثًا وقت الموت، لا وقت الإقرار، إلا إذا صار وارثًا بسبب جديد، كالتزويج وعقد الموالاة. (المجمع)

(٤) قوله: "بخلاف" أى لو أوصى لأجنبية أو وهب لأجنبية شيئًا ثم تزوجها بطلت الوصية والهبة؛ لأن الوصية تمليك مضافًا إلى ما بعد الموت، وهى وارثة فى هذا الوقت، فتبطل الهبة فى المرض وصيته.

(٥) أى بأمرها وإلا، فالواجب الإرث بالغًا ما بلغ.

(٦) قوله: "الأقل" لأنهما متهمان لقيام العدة، فلعله أقدم على هذا الطلاق ليصح إقراره لها زيادة على ميراثها، ولا تهمة فى أقل الأمرين، فثبت. (الكشف)

(٧) قوله: "ثبت" لأن النسب من الحوائج الأصلية، وهو أيضًا إقرار على نفسه على ما بيّناه،

(من المقرّ) (وصلية) (في الميراث) (أي إقرار الرجل)
نسبه ولو مريضًا[١]، ويشارك الورثة، وصح[٢] إقراره بالولد
(أي وصح إقرار المرأة)
والوالدين والزوجة والمولى، وإقرارها بالوالدين والزوج والمولى
(أي المرأة) (لصحة الإقرار)
وبالوالد إن[٣] شهدت قابلة، أو صدقها زوجها، ولا بد[٤] من

وليس فيه ضرر على غيره قصدًا، فيصح، وقد ذكرناها في الدعوى والعتاق، وشرط أن لا يكون له نسب معروف؛ لأنه إذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته، ولا حاجة إلى إثباته لاستغنائه به عنه.

وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر، وشرط أن يصدقه الغلام؛ لأن الحق له، فلا يثبت بدون تصديقه، إذا كان مميزا، إذ الكلام فيه، بخلاف ما إذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه؛ لأنه في يد غيره، وقد ذكرناه من قبل، فإذا صح إقراره شارك الورثة في الميراث؛ لأنه من ضرورات ثبوت النسب. (الزيلعي)

(١) أي ولو كان المقرّ في حالة إقراره مريضًا.

(٢) قوله: "وصح" أي صحت هذه الأقارير كلها، إما لإقرار بكون الرجل ولده، أو والده، أو بكون المرأة أمه، فلأنه إقرار على نفسه، وليس فيه حمل النسب على الغير، وشرطه ما بيناه في الدين.

وأما إقراره بأنها زوجته، أو بأنه مولاه فلأن موجب إقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير إضرار أحد، فينفذ.

وأما إقرار المرأة بكون الرجل والدها، أو بكون المرأة أمها، أو بكون الرجل زوجها، أو مولاها، فإن الأصل أن إقرار الإنسان على نفسه حجة لا على غيره، وبالإقرار بهؤلاء ليس فيه إلا إلزام نفسها، فيقبل.

وأما إقرارها بكون الغلام ولدها، فصحته مشروطة بشهادة القابلة، أو تصديق الزوج؛ لأن قول القابلة حجة في تعين الولد، والنسب يثبت بالفراش؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولد للفراش» والزوج هو صاحب الحق، فإذا صدقها فقد أقر به، فلزمهما بالإقرار له.

هذ إذا كانت ذات زوج أو معتدة، وادعت أن الولد منه؛ لأن فيه تحميل النسب عليه، فلا يلزمه بقولها، أما إذا لم يكن لها زوج ولا هي معتدة، أو كان لها، وادعت أن الولد من غيره، صح إقرارها؛ لأن فيه إلزاما على نفسها دون غيرها، فينفذ عليها، فصار كما إذا ادعى هو الوالد، فإنه لو ادعى أنه ولده من امرأة لا يصدق في حقها إلا بتصديقها. (عز)

(٣) أي وصح إقرارها أيضًا بأحد الشرطين أشار إلى الأول بقوله: إن شهدت، وأشار إلى الثاني بقوله: وصدقها... إلخ.

(٤) قوله: "ولا بد" لأن إقرار غيرهم لا يلزمهم؛ لأن كلا منهم في يد نفسه إلا إذا كان المقر له صغيرًا في يد المقر، وهو لا يعبر عن نفسه، أو عبدًا له، فيثبت نسبه بمجرد الإقرار، ولو كان عبدًا لغيره، يشترط تصديق مولاه. (الزيلعي)

أى تصديق هؤلاء — لأنه لا يصح (س م)

تصديق هؤلاء[١]، وصح التصديق بعد[٢] موت المقر إلا تصديق

بالزوجية — أى بعد موت المرأة

الزوج بعد موتها.

رجل — نسبهما من الأب والجدّ للمقرّ بأنه أخوه أو عمّه

وإن أقر[٣] بنسب نحو الأخ والعمّ لم يثبت، فإن لم يكن

أى للمقرّ بأنه أخوه أو عمّه غير نحو الأخ والعمّ — المقرّ له

لـــــه وارث غيره قريب، أو بعيد ورثه، وإن كان[٤] لا، ومن

---

(١) يعنى تصديق الولد والولدين والزوجة والمولى والزوج.

(٢) قوله: "بعد" يعنى إذا أقر بنسب أو نكاح ثم مات المقر، فصدقه المقر له بعد موته، صح تصديقه إلا إذا أقرت المرأة بالزوج، فصدقها بعد موتها، فإنه لا يصح، أما الأول فلأن النسب يبقى بعد الموت، وكذا إقرار الزوج بالزوجية، فصدقه بعد موته؛ لأن حكم النكاح باق فى حقها، وهو العدة، فإنها من آثار النكاح، ولهذا جاز لها غسله ميتا، كما فى حالة الحياة.

وأما الثانية: وهى ما إذا أقرت المرأة بالزوجية، فصدقها بعد موتها، فالمذكور هنا قول أبى حنيفة، وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها؛ لأن النكاح ينتهى بالموت، ولا يبطل كالنسب، والمنتهى متقرر، فيصح تصديقها، وهذا لأن النكاح يبقى بعد موتها فى حق الإرث، والإقرار قائم؛ لأن التكذيب من الزوج لم يوجد، فيصح التصديق فى هذه الحالة، فيثبت النكاح بتصادقهما، فيرث منها، إذ الثابت بتصادقهما كالثابت عيانًا، ولهذا لو أقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل، ولو لا أن النكاح قائم فى حق الإرث لما قبلت، فكذا بتصادقهما يعمل فيه، أيضًا كالبينة.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن النكاح قد انقطع بالموت، ولم يبق له أثر، وأما الإرث فحكم يثبت بعد الموت، والنكاح إنما ينتهى فى حق حكم كان قبل الموت، وأما المستقبل فالنكاح معدوم فيه، فلو صححنا الإقرار والنكاح معدوم، صححناه لإثبات الإرث ابتداء، فيكون التصديق واقعًا فى شىء هو معدوم فى الحال من كل وجه، فلا يجوز، بخلاف جانبها؛ لأنه أمكن جعل النكاح باقيًا ببقاء أثره، وهو العدة على ما مر. (ز)

(٣) قوله: "وإن أقر" يعنى إذا أقر بنسب على غيره، لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولاية عليه، وذلك مثل الأخ والعم، فإنه إقرار على الأب أو الجدّ، بأنه آيته، وكذا إذا أقر بالجد أو بابن الابن، فإنه لا يصح؛ لأن فيه حمل النسب على الغير، فلا يجوز بدون إقامة البينة إلا فى حق نفسه، حتى تلزمه الأحكام من النفقة والحضانة والإرث إذا تصادقا؛ لأن إقرارهما حجة عليهما. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن كان" أى إن كان للمقر وارث، لا يرث المقر له؛ لأن النسب لم يثبت بإقراره، فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبًا كان ذلك الوارث، كذوى الأرحام، أو بعيدًا كمولى الموالاة، وإن لم يكن له وارث غيره ورثه؛ لأن إقراره حجة فى حق نفسه، فيقبل عند عدم الإضرار بغيره، وهذا لأنه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده، وهو فى النسب مقر على غيره، فيردّ، وفى

منه
مات أبوه، فأقر بأخٍ شركه(١) في الإرث، ولم يثبت(٢) نسبه،
الميت أي وللميت أي شخص آخر درهم
وإن ترك ابنين وله على آخر مائة، فأقرّ أحدهما بقبض أبيه
أي وكذبه الآخر بعد ما يحلف أي وللابن الآخر
خمسين منها، فلا شيء(٣) للمقرّ، وللآخر خمسون.

استحقاق ماله مقر على نفسه، فيقبل عند عدم المزاحم؛ لأن ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء، حتى كان له أن يوصي بجميع ماله، فكذا له أن يجعله لهذا المقر؛ لأنه وصيته من وجه، حتى كان للمقر أن يرجع عن الإقرار؛ لأن نسبه لم يثبت، فلا يلزمه، كالوصية إرث من وجه حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ إلا بإجازة المقر له ما دام المقر مصرًا على إقراره، كأنه وارث حقيقة. (الزيلعي)

(١) قوله: "شركت" فيستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقًا، سواء كان ثمة وارث آخر أم لا. (الكشف مع تصرّف)

(٢) قوله: "ولم يثبت" لأن إقراره تضمن أمرين، حمل النسب على الغير، ولا ولاية له عليه، والاشتراك في المال، وله فيه ولايته، فيثبت. (الكشف)

(٣) قوله: "فلا شيء" لأن الإقرار باستيفاء الدين إقرار بالدين على الميت؛ لأن المقبوض غير الدين، فيكون مضمونًا على القابض دينًا في ذمته، ثم يتقاصّان، فإذا كذبه أخوه لا يصدق عليه، فينفذ في حقه خاصّة، فوجب على الميت خمسون درهمًا على زعمه، والدين مقدم على الميراث، فاستغرق نصيبه، فلا يأخذ منه شيئًا، كما إذا أقر بدين آخر، وكذبه أخوه، وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين، وإن تصادقا على أنه مشترك بينهما؛ لأنه لو رجع المقر على أخيه، لرجع أخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه، ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما أخذه من أخيه المكذب؛ لأن الوارث لا يأخذ شيئًا إلا بعد قضاء الدين، فيؤدي إلى الدور. (الزيلعي)

كتاب الصلح(١)

شرعًا — من بين المدعي والمدعى عليه — بأن لا يقر ولا ينكر

هو عقدٌ يرفع النزاع، وهو جائز(٢) بإقرار وسكوت

الصلح — من المدعى عليه — هذا الصلح

وإنكار، فإن وقع عن مال بمال بإقرار، اعتبر(٣) بيعًا، فيثبت(٤)

---

(١) هو في اللغة بمعنى المصالحة، مناسبته أن إنكار المقر سبب الخصومة المستدعية للصلح.

(٢) قوله: "جائز" وبه قال مالك وأحمد، وقال الشافعي: لا يصح إلا مع الإقرار؛ لأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة، وذلك مع غير للإقرار رشوة، ولما روى أبو داود في "سننه"، وابن حبان في "صحيحه" من حديث أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «الصلح جائز بين المسلمين إلا صلحًا أحل حرامًا أو حرم حلالا»، ورواه الترمذي من حديث كثير بن عبد الله بن عمرو بن عوف المزني عن أبيه عن جده.

ووجه الدلالة أن الصلح مع إنكار، أو سكوت أحل حرامًا، وحرم حلالا؛ لأن المدعي إن كان محقا، كان أخذه المدعى به حلالا قبل الصلح، وحرامًا عليه بعده، وإن كان مبطلا، كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حرامًا عليه، قبل الصلح حلالا بعده.

ولنا إطلاق قوله تعالى: ﴿وَالصُّلْحُ خَيْرٌ﴾ وإطلاق أول الحديث السابق، وأما آخره فمعناه أحل حرامًا لعينه كالصلح على خمر، أو حرم حلالا لعينه، كصلح المرأة على أن لا يطأ ضرتها، وهذا أولى في معناه؛ لأن الصلح مع الإقرار في العادة يقع على بعض الحق، فما زاد على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح، وقد حرم بالصلح، وكان حرامًا على المدعى عليه قبل الصلح، وقد حل بالصلح.

ولأن الصلح عن إنكار أو سكوت صلح بعد دعوى صحيحة، فيقضى بجوازه؛ لأن المدعي يأخذه عوضًا عن حقه في زعمه، وهو مشروع، والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه، وهو أيضًا مشروع؛ لأن المال خلق لصيانة الأنفس عن المهالك والمفاسد، ودفع الضرر أمر جائز. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "اعتبر" لأن معنى البيع قد وجد فيه، وهو مبادلة المال بالمال عن تراض، فتجري فيه أحكام البيوع، وهذا لأن الأصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له، فتجري عليه أحكامه؛ لأن العبرة للمعاني، دون الصور، ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعًا، والكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة بشرط أن لا يبرأ الأصل كفالة، ثم إذا وقع عن مال بمال ينظر، فإن وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكر هنا، وإن وقع على جنسه، فإن كان بأقل من المدعى، فهو حط وإبراء، وإن كان بمثله فهو قبض واستيفاء، وإن كان بأكثر منه فهو فضل وربا. (الزيلعي)

(٤) قوله: "فيثبت [تفريع على قوله: اعتبر بيعًا]" أي تثبت الشفعة في الصلح عن عقار، أو على عقار، كما يثبت في البيع، فللشفيع حق المطالبة في كل منهما، والرد بالعيب، بأن كان بدل الصلح عبدًا

أى فى هذا الصلح — فى العقار — أى جواز الرد...إلخ — أى ويثبت خيار الرؤية والشرط

فيه الشفعة، والرد بالعيب، وخيار الرؤية والشرط،

لأنه بيع فصار كجهالة الثمن. — الذى وقع عليه الصلح

وتفسده جهالة البدل، لا[1] جهالة المصالح عنه، وإن[2]

فى الصلح عن إقرار — وهو المصالح عن إقرار

استحق بعض المصالح عنه، أو كله، رجع المدعى عليه بحصة

أى الاستحقاق. وهو بدل الصلح الذى دفعه إلى المدعى

ذلك من العوض أو بكله، ولو استحق المصالح عليه، أو بعضه

المدعى على المدعى عليه

رجع بكل المصالح عنه أو ببعضه.

الصلح عن إقرار — هذا الصلح. — تفريع على كون هذا الصلح إجارةً

وإن وقع[3] عن مال بمنفعة اعتبر إجارة، فيشترط[4]

مثلا، فوجد المعى فيه عيبًا، له أن يرده، وخيار الرؤية بأن لم يرَ المصالح م وقع عليه الصلح وقت الصلح، ثم رآه فله الخيار والشرط بأن يصالح على شيء، فشرط أحدهما الخيار لنفسه؛ لأن هذه الأشياء من أحكام البيع، فتثبت فيه. (المجمع)

(١) قوله: "لا" أى لا تفسد جهالة المصالح عنه؛ لأنه يسقط، وجهالة الساقط لا تقضى إلى المنازعة خلافًا للشافعى، وفى "العناية": تفصيل فليطالع. (المجمع)

(٢) قوله: "وإن" صورته ادعى زيد دارًا مثلا فى يد عمرو، فأقر عمرو، صالح زيدًا على مائة درهم، فصارت المائة فى يد زيد والدار فى يد عمرو، ثم استحق نصف الدار مثلا، وكلما يرجع عمرو على زيد بخمسين درهمًا فى الأولى، وبمائة درهم فى الثانية، وإن استحق بعض البدل، أو كله رجع المدعى هو زيد على المدعى عليه، وهو عمرو بكل الصالح عنه، أو بعضه؛ لأن كل واحد منهما عوض عن الآخر فأيهما أخذ منهما بالاستحقاق، رجع بما دفع أن كلا فبالكل، وإن بعضًا فبالبعض. (المجمع بحذف)

(٣) قوله: "وإن وقع" صورته: ادعى على رجل شيئًا، فاعترف به ثم صالحه على سكنى داره سنة، أو على ركوب دابة معلومة، أو على لبس ثوبه، أو خدمة عبده، أو زراعة أرضه مدة معلومة، يكون إجارة، لما ذكرنا، أو يحمل على أشبه عقود له، إذ العبرة للمعانى، فوجب حمله عليها لوجود معناها فيه، وهو تمليك المنافع بعوض. (المجمع والزيلعى)

(٤) قوله: "فيشترط" لأنه إجارة، وهذا حكمها على ما عرف فى موضعه، وإنما يشترط التوقيت فى الأجير الخاص، بأن ادعى شيئًا، فوقع الصلح على خدمة العبد، أو سكنى سنة، وفيما عداه لا يشترط التوقيت، كما إذا صالحا على صبغ الثوب، أو ركوب الدابة، أو حمل الطعام إلى موضع.

ولو مات أحدهما، أو محل المنفعة قبل الاستيفاء، بطل الصلح، فيرجع بالدعاء، ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة، بطل فى ما بقى، ويرجع بالمدعى بقدره، وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو

أى توقيت استيفاء المنفعة　الصلح　أى أحد المتخاصمين

التوقيت، ويبطل بموت أحدهما، والصلح عن سكوت وإنكار

لأنه يأخذ بدل الصلح على أنه عوض فى زعمه

فداء[١] لليمين فى حق المنكر، ومعاوضة فى حق المدعى، فلا

تفريع على ما قبله　أى المدعى والمدعى عليه　أى بالإنكار والسكوت　أى المدعى والمدعى عليه

شفعة[٢] إن صالحا عن دار بهما، وتجب[٣] لو صالحا على دار

أى بالإنكار والسكوت　مع المستحق

بهما، ولو استحق[٤] المتنازع فيه، رجع[٥] المدّعى بالخصومة،

القياس؛ لأنه إجارة، وهى تبطل بذلك. (الزيلعى)

(١) قوله: "فداء" وهذا فى الإنكار ظاهر؛ لأن بالإنكار تبين أن ما يعطيه، فقطع الخصومة، وفداء اليمين، وكذا فى السكوت؛ لأنه يحتمل الإقرار والإنكار، وعلى تقدير الإقرار يكون عوضًا وعلى تقدير الإنكار لا يكون، فلا يثبت كونه عوضًا بالشك، ويجوز أن يختلف حكم العقد، وغيره فى شخصين، كما فى الإقالة، فإنها فسخ فى حق المتعاقدين بيع فى حق ثالث وكالخلع، فإنه معاوضة من جانب المرأة يمين من جانب الزوج، وكالنكاح، فإنه حل فى حق المتناكحين تحريم مؤبد فى حق أصولهما، وكالجهة الواحدة فى تحرى القوم عند اشتباه القبلة، فإنها قبلة فى حق من وقع تحريه عليه دون الآخر. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "فلا شفعة" صورته: ادعى رجل على آخر داره، فسكت الآخر، أو أنكر، فصالح عنها بدفع شىء آخر، لم تجب الشفعة؛ لأن المدعى عليه يأخذها على أصل حقه، ويعطى المال دفعًا للخصومة، لا أنه يشتريهما، ولا يلزمه زعم المدعى؛ لأن المرء لا يؤخذ إلا بزعمه. (المجمع)

(٣) قوله: "وتجب" صورته: ادعى على رجل شيئًا، فصالحه على دار، فدفعها إليه، وحيث فيها الشفعة؛ لأن المدعى يدعى أنه يأخذها عوضًا عما ادعى، فكان معاوضة على زعمه، فتجب فيها الشفعة؛ لأن كل إنسان يؤاخذ بزعمه حتى لو ادعى دارًا، فأنكر فصالحه عنها على دار أخرى، وجبت الشفعة فى التى صالح عليها دون الأخرى. (العينى وز)

(٤) قوله: "ولو استحق" يعنى لو ادعى رجل على شخص شيئًا، فأنكر ثم صالحه على شىء، ثم استحق المدعى كله، أو بعضه، رد المدعى العوض الذى أخذه كله، أو بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه، ورجع هو بالخصوص مع المستحق؛ لأنه أخذه على زعمه عوضًا عما ادعى، فإذا استحق ذلك، يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه، كأنه اشتراه منه، وإنما يرجع المدعى بالخصومة؛ لأن المستحق قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه، فيكون له أن يخاصمه. (الزيلعى بحذف)

(٥) قوله: "رجع" توضيحه: زيد ادعى دارًا فى يد عمرو، فأنكر عمرو، أو سكت، ثم صالح على مائة، فصارت المائة فى يد زيد، والدار فى يد عمرو، ثم استحق كل الدار، فإن زيدًا يرد المائة على عمرو، ويرجع بالخصومة فى الدار إلى المستحق. (العينى)

أى المدعى عليه أى العوض الذى أخذه. أى بقدر ما استحق. أى الذى وقع عليه الصلح

ورد البدل، ولو بعضه[١] فبقدره، ولو استحق المصالح عليه،

وقد كان الصلح عن سكوت أو إنكار

أو بعضه رجع إلى الدعوى[٢] فى كله، أو بعضه، وهلاك[٣]

وهو العوض أى فى الصلح عن إقرار، والصلح عن إنكار وسكوت

بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه فى الفصلين.

فى أقسام الصلح

فصل

أى وعن دعوى المنفعة. أى وعن دعوى الجناية

الصلح[٤] جائز من دعوى المال والمنفعة[٥] والجناية[٦]،

---

(١) قوله: "بعضه [أى لو استحق بعضه]" صورته استحق نصف الدار مستحق فى المسألة المذكورة، يرد زيد خمسين إلى عمرو، ويرجع إلى المستحق بالخصومة فى النصف الباقى. (العينى)

(٢) قوله: "الدعوى" أى استحق الذى وقع عليه الصلح فى يد المدعى، رجع المدعى إلى الدعوى فى كله إن استحق كل العوض، أو فى بعضه إن استحق البعض؛ لأن المدعى ما ترك الدعوى إلا ليسلم له البدل، فإذا لم يسلم له، رجع بالمبدل، وهو الدعوى، بخلاف ما إذا وقع الصلح بلفظ البيع، بأن قال أحدهما: بعتك هذا الشيء بهذا، وقال الآخر: اشتريت حيث يرجع المدعى عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه، لا بالدعوى؛ لأن إقدام المدعى عليه المبايعة إقرار منه، بأن المدعى ملك المدعى، فلا يعتبر إنكاره، بخلاف الصلح؛ لأنه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له؛ إذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وهلاك" أى إن هلك بدل الصلح قبل التسليم، فحكمه كما إذا استحق بدل الصلح فى الفصلين، أى الإقرار والإنكار، ففى صورة الإقرار إذا هلك بدل الصلح يرجع المدعى على المدعى عليه بكل المصالح عنه، أو ببعضه، وفى صورة السكوت والإنكار يرجع بالدعوى فى كله، أو بعضه، وهذا فى فصل الإقرار ظاهر؛ لأنه بيع حقيقة على ما مرّ، وكذا فى فصل الإنكار والسكوت؛ لأنه بيع فى حق المدعى، فيبطل بهلاكه. (عز)

(٤) قوله: "الصلح" يعنى يجوز الصلح إذا كانت دعوى المدعى دعوى مال؛ لأنه فى معنى البيع فى حقهما إن وقع بمال عن إقرار، أو فى حق المدعى وحده إن وقع عن إنكار، أو سكوت، وفى حق الآخر لافتداء اليمين، وقطع الخصومة، أو فى معنى الإجارة إن وقع عنه بمنافع، وكل ذلك جائز. (الزيلعى مع زيادة)

(٥) قوله: "والمنفعة" أى يجوز الصلح إذا كانت دعوى المدعى دعوى المنفعة، كأن يدعى فى دار سكنى سنة وصية، ومن صاحبها، فجحد الوارث، أو أقر، فصالحه على مال، أو منفعة جاز، لأن الأخذ العوض عنها بالإجارة جائز، فكذا الصلح، لكن إنما يجوز عن المنفعة على المنفعة، إذا كانتا

أى بخلاف ما إذا صالح عن الدعوى في الحد. عطف على قوله: من دعوى المال

بخلاف(١) الحد، ومن(٢) النكاح(٣) والرق، فكان

مختلفى الجنس، بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد مثلا.

وأما إذا اتحد جنسهما، كما إذا صالح عن السكنى على السكنى مثلا، فلا يجوز، كما فى الدر وغيره.

وإنما احتيج إلى هذا التصوير؛ ولأن الرواية محفوظة على أنه لو ادعى استئجار عين، والمالك ينكر، ثم صالح لم يجز، كما فى "السراج" وغيره، لكن فى "البحر": أن الصلح عن دعوى المال مطلقًا، والمنفعة جائز كصلح المستأجر مع المؤجر عند إنكاره الإجارة، أو مقدار المدة المدعى بها أو الأجرة، وكذا الورثة إذا صالحوا الموصى له بالخدمة على مال مطلقًا، والمنافع إن اختلف جنسهما، فإنه يجوز لا إن اتحد -انتهى-. (المجمع مع زيادة)

(٦) قوله: "والجناية" أى ويصح الصلح عن دعوى الجناية فى النفس من القتل، وفى ما دونها من نحو شبح الرأس، وقطع اليد عمدًا كانت الجناية، أو خطأ، أما العمد فلقوله تعالى: ﴿فَمَنْ عُفِيَ لَه مِن أخيهِ شَيْءٌ﴾ أى من أعطى له بدل أخيه المقتول شىء بطريق الصلح، فلولى القتيل اتباع المصالح بحسن المعاملة على المصالح أداء إلى ربى القتيل.

وأما الخطأ فلأن موجبه المال، فالصلح كان عن المال، لكنه لا تصلح الزيادة على قدر الدية والأرش على أخذ مقادير الدية للربا إلا إذا قضى القاضى بأخذ مقاديرها، فصالح على جنس آخر منها بزيادة جاز، بخلاف الصلح عن القود، حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية، وكذا على الأقل؛ لأنه لا موجب له فى المال، ولو وقع الصلح على غير مقاديرها جاز، كيف ما كان لعدم الربا، لكن يشترط القبض فى المجلس ليخرج عن أن يكون دينًا بدين. (المجمع)

(١) قوله: "بخلاف" يعنى بخلاف ما إذا صالح عن دعوى حد بأن رفع الزانى أو شارب الخمر أو القاذف، فصالح هو الرافع حتى يترك الدعوى، لا يجوز الصلح، فله أن يرجع بما دفع؛ لأن الحدود حق الله تعالى لا حق الرافع، والاعتياض عن حق الغير لا يجوز، ولهذا لو ادعت المرأة أن ولدها من زوجه المطلق، فأنكر وصالحها على شىء حتى تترك كان الصلح باطلا؛ لأن النسب حق الولد. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ومن" أى يجوز الصلح عن دعوى النكاح، هذا إذا كان الرجل هو المدعى والمرأة تنكر؛ لأنه أمكن اعتبار الصحة فيه، بأن يجعل فى حقه فى معنى الخلع؛ لأن أخذ المال عن ترك البضع خلع، والصلح يجب حمله على أقرب العقود إليه على ما مر ذكره، وفى حقها لافتداء اليمين، وقطع الخصومة، فكان صحيحًا.

وإن كانت هى المدعية، والزوج ينكر، ذكر فى بعض نسخ المختصر أنه لا يجوز؛ لأنه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقًا، فالزوج لا يعطى العوض فى الفرقة، إذ لم يسلم له شىء فى هذه الفرقة، وهى يسلم لها المال والنفس، وإن لم يجعل فرقة، فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله، فتكون هى على دعوها، فلا يكون هذا الصلح مفيدًا قطع الخصومة، فلا يصار إليه، وذكر فى بعضها أنه يجوز؛ لأنه جعل كأنه زادها على مهرها، ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة، فيسقط المهر دون الزيادة.

خلعًا وعتقًا على مال، وإن[1] قتل العبد المأذون رجلا عمدا، لم
للمولى. مديونًا كان أو لا
يجز صلحه عن نفسه، وإن قتل عبدٌ له رجلا عمدا، فصالح
الصلح مطلقًا أيضًا الغاصب
عنه جاز، ولو صالح[2] عن المغصوب المتلَف بما زاد على

---

(٣) قوله: "والرق" أي ويصلح الصلح أيضًا عن دعوى الرق، كما إذا ادعى على مجهول النسب أنه عبده، ثم تصالحاه على شيء معين، وكان عتقًا بمال في حق المدعى، وفي حق الآخر لرفع الخصومة؛ لأنه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فصح، ولا ولاء له عليه لإنكار العبد إلا أن يقيم المدعى البينة بعد ذلك، فتقبل في حق ثبوت الولاء عليه لا غير هذا إذا أنكر العبد الرق، أما إذا صالحه بإقراره، فيثبت الولاء. (المجمع)

(١) قوله: "وإن" لو صالح العبد المأذون له ولي المقتول عن عبده جاز، وعن نفسه لا يجوز، أما الأول فلأن تصرفه في عبده من باب التجارة، فيملك التصرف بيعًا واستخلاصًا، وأما الثاني فلأن رقبته ليست من التجارة، ولذا لا يملك التصرف فيها بيعًا، فلا يملك استخلاصًا بمال المولى، إلا أن ولي القتل لا يقتله بعد الصلح؛ لأنه عفا عنه ببدله، ولا يجب عليه البدل للحال، ويتأخر إلى ما بعد العتق، بخلاف المكاتب حيث يجوز أن يصالح عن نفسه. (عز)

(٢) قوله: "ولو صالح" أي وإن صالح الغاصب عن مغصوب تلف بأكثر من قيمته، أي قيمة العبد قبل القضاء بالقيمة جاز، يعني أن من غصب ثوبًا، أو عبدًا قيمته ألف، أو استهلكه، فصالحه على ألفين جاز عند الإمام، وقالا: يبطل الفضل من قيمته، إن كان مما لا يتغابن الناس فيه؛ لأن حقه في القيمة، والزائد عليها ربا، وله أن حقه في الهالك باقٍ، وإنما ينتقل إلى القيمة بالقضاء، فإذا تراضيا على الأكثر كان اعتياضًا، فلا يكون ربا.

وإن صالح عنه بعرض صح مطلقًا، أي سواء كانت قيمته أكثر من قيمة المغضوب أولا اتفاقًا؛ لأن الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس.

وإنما قلنا: قبل القضاء لأنه إذا قضى القاضي بالقيمة، ثم تصالحا بأكثر من قيمة لا يجوز إجماعًا، كما في أكثر المعتبرات، فعلى هذا لو قيد كما قيدنا لكان أولى قيد بكون الصلح على أكثر من قيمته بعد الاستهلاك، إذ لو كان قبله يجوز اتفاقًا، وكذا لو صالحه بغير جنسه يجوز اتفاقًا، وكذا لو صالح على طعام موصوف في الذمة حالا، وقبضه قبل الافتراق، فجاز بالإجماع، كما في العناية.

وإن أعتق عبدٌ موسرٌ عبدًا مشتركًا بينه وبين آخر، وصالح الشريك عن باقيه بأكثر من نصف قيمته، أي العبد بطل الفضل بالاتفاق، أما عندهما فظاهر، والفرق للإمام أن القيمة في العتق المنصوص عليه، وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي، فلا تجوز الزيادة عليه، بخلاف ما تقدم، لأنها غير منصوص عليها، وإن صالحه بعرض صح كيف ما كان لما مر أنه لا يظهر الفضل عند اختلاف الجنس قيد المعتق بكونه موسرًا، إذ لو كان معسرًا لا تلزم عليه قيمته نصيب شريكه، بل تلزم على العبد سعاية. (المجمع)

أى أو صالح على الخ ع بينه وبين آخر

قيمته، أو على عرضٍ صح، ولو أعتق موسرٌ عبداً مشتركاً،

أى المعتق أى لا يصلح الصلح

فصالحه الشريك على أكثر من نصف قيمته لا، ومن وكّل

أى عن الموكل الوكيل

رجلا بالصلح عنه، فصالح لم يلزم[1] الوكيل ما صالح عليه ما

رجل أى عن رجل آخر. الصلح منه

لم يضمنه، بل يلزم الموكل، وإن صالح[2] عنه بلا أمر صح

المصالح المصالح الصلح أى إلى مال نفسه المصالح

إن ضمن المال، أو أضاف إلى ماله، أو قال: عليّ ألف، وسلّم،

ولزمه الألف أى وإن لم يجز

وإلا توقف، فإن أجازه المدعى عليه جاز، وإلا بطل.

---

(١) قوله: "لم يلزم" هذا إذا صالح عن إنكار، أو سكوت، أو عن إقرار فى دم عمداً، وفيما لا يحمل على المعاوضة، كالصلح على بعض الدين؛ لأن الوكيل فى هذه الأشياء سفير ومعبر، وهذا لأن الصلح على الإنكار معاوضة بإسقاط الحق، وكذا الصلح عن العقود، وأما الصلح عن بعض الدين فإسقاط محض، فصارت هذه الأشياء بمنزلة الطلاق على مال، ولهذا جاز هذا الصلح من الأجنبى، كما يجوز الخلع منه، فلا يلزم الوكيل شىء إلا بالالتزام.

وأما إذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة، بأن كان عن مال بمال عن إقرار، فإن الوكيل يلزمه ما صالح عليه، ثم يرجع به على الموكل؛ لأن الوكيل أصيل فى المعاوضة، فترجع الحقوق إليه دون الموكل، فيطالب هو بالعوض دون الموكل. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن صالح" قال فى شرح نقاية: وإن صالح فضولى، بأن صالح رجل عن آخر بغير أمره، وضمن البدل، أو أضاف إلى ماله، بأن قال: صالحتك على عبدى فلان، أو أشار إلى نقد، بأن قال: عليّ هذا الألف، أو عرض، بأن قال: عليّ هذا الثوب، أو أطلق ونقد، بأن قال: عليّ ألف وسلمها إليه، صح الصلح فى جميع هذه الصور؛ لأن الحاصل للمدعى عليه البراءة، والساقط يتلاشى ويضمحل، فاستوى الفضولى والمدعى عليه.

وإن أطلق ولم ينقد، بأن قال: صالحتك على ألف فهو موقوف إن أجازه المدعى عليه جاز؛ لأن نفع الصلح وهو رفع الخصومة حاصل له، ولزم البدل المدعى عليه لالتزامه إياه باختياره، وإلا، أى وإن لم يجزه المدعى عليه، ردّ، لأن المصالح هنا، وهو الفضولى لا ولاية له على المطلوب، فلا ينفذ تصرفه عليه.

وهو الذى يثبت فى الذمة

باب[1] الصلح فى الدين

مبتدأ، أى وجب، مثل البيع نسيئة، خبر

الصلح[2] عما استحق بعقد المداينة أخذ[3] لبعض حقه، وإسقاط للباقى لا معاوضة، فلو صالح عن ألف على نصفه، أو على ألف مؤجل جاز[4]، وعلى دنانير مؤجلة، أو عن ألف مؤجل، أو سود على نصف حال، أو بيض لا[5].

المديون دائنه، حالة فى ذمة، الصلح فى الوجهين، أى ولو صالح عن ألف درهم على إلخ، أى أو صالح... إلخ، على خمس مائة حالة، أى أو صالح عن ألف سود، يرجع إلى قوله: أو سود

---

(١) قوله: "باب" وقال المصنف: لما ذكر حكم الصلح عن عموم الدعاوى، ذكر فى هذا الباب حكم الخاص، وهو دعوى الدين؛ لأن الخصوص أبدًا يكون بعد العموم. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "الصلح" هكذا ذكر فى نسخ المختصر، كقوله: عما استحق، وهذا سهو؛ لأنه صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه، وإسقاطًا للباقى، وإنما يكون كذلك إن لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين، ألا ترى أنه وقع بجنس آخر يحمل على المعاوضة.
والصواب أن يقال: الصلح على ما استحق بعقد المداينة... إلخ، فإنه يكون أصلا جيدًا لا يرد عليه نقض، وهكذا ذكر القدورى رحمه الله فى مختصره بقوله: وكل شىء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة، لم يحمل على المعاوضة، وإنما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه.
وذكر بعضهم أن الإحسان متى وجد من أحد الجانبين يكون تبرعًا، وإن وجد من الجانبين يكون معاوضة، وإنما لم يحمل على المعاوضة إذا وقع على بعض الدين؛ لأن فى حمله عليها فساد العقد للربا، وفى حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقى جوازه، فكان أولى حملا لأمور المسلمين على الصحة ما أمكن، وظهر حاله يدل على ذلك؛ لأنه يطلب الصحة دون الفساد، إذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه (ز)
وقد تكلف العينى فى دفع ما أورده الشارح، فليطالع. (عز)

(٣) قوله: "أخذ" صورته: رجل له على آخر ألف درهم، فصالح عنها على خمس مائة جاز، ويجعل مستوفيًا لنصف حقه، ومبرأ له عن النصف الآخر. (العينى)

(٤) قوله: "جاز" أما فى الأولى فلأنه صار كأنه أبرأه عن خمس مائة، وأما الثانية فلأنه صار كأنه أجّل نفس الحق، إذ لا يمكن جعله معاوضة، لأن بيع الدراهم بمثلها نسيئة لا يجوز. (عز)

(٥) قوله: "لا" يعنى لو صالحه عن ألف درهم على دنانير مؤجلة، أو عن ألف مؤجل على خمس مائة بيض، لا يجوز فى الفصول الثلاثة، أما فى الأول فلأن الدنانير غير مستحقة بعقد المداينة، فلا يمكن حمله على التأخير، فلا وجه سوى المعاوضة، وبيع الدراهم بالدنانير نسأ لا يجوز، وكذا فى الثانى، لأن المعجل خير من المؤجل، وهو غير مستحق بالعقد الأول، فيكون بإزاء ما حطه فى عقد

درهم — أى صاحب الألف لمن عليه الألف. — وهو خمسمائة

ومن له على آخر ألف، فقال: أدّ غداً نصفه على أنك برىء من الفضل، ففعل(١) برئ، وإلا لا(٢)، ومن قال لآخر: لا أُقرّ لك بمالك حتى تؤخره عنى، أو تحطّ، ففعل صحّ(٣) عليه.

يعنى تؤجله — يعنى بعضه — الدائن ذلك — أى على الدائن

في الدين المشترك

فصل(٤)

مشترك — أى بين اثنين — المديون — من الدين

دين(٥) بينهما صالح أحدُهما عن نصيبه على ثوب

الصلح عنه، وذلك اعتياض عن الأجل، وهو حرام (لأن حرمة ربا النسيئة بشبهة مبادلة المال بالأجل، فلأن تحرم حقيقتها أولى) وهكذا البيض فى الثالث غير مستحق بعقد المداينة، وهى زيادة، فيكون معاوضة الألف بخمس مائة وزيادة وصف وهو ربا؛ (لأن الوصف لا يقابله شيء من الثمن عند مقابلة الربوى بجنسه، فيلغوا الوصف، ويبقى الألف بمقابلة خمس مائة. (الزيلعى والكشف بتصرّف)

(١) مَن عليه الألف، وذلك بأن أدّى إليه فى العقد خمسمائة.

(٢) قوله: "وإلا لا" أى وإن لم يؤد غداً بالنصف، فلا يبرأ عند الطرفين، خلافًا لأبى يوسف، فإنه قال: يبرأ وإن لم يؤد، ولا يعود إليه النصف الساقط أبدًا؛ لأنه أبرأ مطلق لأنه جعل الأداء عوضًا عن الإبراء نظرًا إلى كلمة "على"، والأداء لا يصلح أن يكون عوضًا لوجوبه عليه، فصار ذكره كعدمة.
ولهم أنه إبراء مقيد بشرط الأداء، وإنه غرض صالح حذرًا من إفلاسه، أو يتوصل بهما إلى ما هو الأنفع من تجارة رابحة، أو قضاء دين، أو دفع جنس، فإذا عدم الشرط بطل الإبراء، وكلمة على تحتمل الشرط، فتحمل عليه عند تعذر المعاوضة تصحيحًا لكلامه، وعملا بالعرف. (المجمع)

(٣) قوله: "صح [هذا الفعل و لزمه]" أى لزمه وليس له مطالبته فى الحال بما حط،؛ لأنه يس بمكره عليه؛ لأنه لو شاء لم يفعل حتى يقم البينة، أو يحلفه، فينكل، أطلقه وهو مقيد بما إذا قاله سرًا، أما إذا قاله علانية لزمه جميع الدين بلا تأخير إن أخر، ولا حط إن حط. (عز)

(٤) قوله: "فصل" قال الاتقانى: لما ذكر مطلق الدين شرع فى الدين المشترك؛ لأن الاشتراك عارض، والأصل عدم العارض. (الشلبى)

(٥) قوله: "دين" اعلم أن الدين المشترك ما وجب بسبب متحد، كثمن المبيع، بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة، أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما، وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما، أو قيمة العين المشتركة المستهلكة، أو بدل القرض من المال المشترك بينهما،

لشريكه أن يتبع المديون بنصفه، أو يأخذ نصف الثوب من شريكه إلا أن يضمن ربع الدين، ولو قبض نصيبه شركه[١] فيه[٢]، ورجعا بالباقي على الغريم.

فحينئذ لا يأخذ نصف المصالح لشريكه / الآخر / أى الشريكان / من الدين / وهو المديون

ولو اشترى بنصيبه شيئًا ضمنه[٣] ربع الدين، وبطل[٤]

أحد الشريكين من الذى عليه الدين / شريكه الآخر

أو يكون الدين موروثا بين اثنين، إذا تمهد هذا.

فنقول: صورة المسألة أن الدين المشترك كان لرجلين على زيد مثلا، فصالح أحد الدائنين زيدًا عن نصيبه على ثوب، فكل من الشريكين يخير بين أمرين: فللشريك غير المصالح أن يتبع المدين بنصيبه، أو يأخذ نصف الثوب من شريكه.

وللشريك المصالح أن يدفع إلى شريكه نصف ما وقع عليه الصلح، أو ربع الدين؛ لأن أحد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين، إذ لا تجوز قسمته قبل القبض، والمقبوض خير من الدين، فقضيته أن يضمنه ربع الدين، ولا يكون له سبيل على الثوب، لكن الصلح مبنيّ على الحط، فلو ألزم بناء ربع الدين لتضرر المصالح؛ لأنه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين، فأثبتنا له الخيار بين أن يرجع على المديون بنصيبه، وبين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح، وإذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضًا بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح أو ربع الدين، دفعًا للضرر عنها بقدر الإمكان. (عز)

(١) قوله: "شركه" لأن قسمة الدين لا تتصور، والمقبوض بدل عنه، فله أن يشاركه فيه إن شاء، لكونه عين حقه من وجه، حتى كان للطالب أن يأخذ منه إذا ظفر به بغير إذن الغريم، ويجبر الغريم على القضاء، ولا إجبار على المبادلة، فإذا كان عين حقه من وجه كان له أن يشاركه فيه، بخلاف ما إذا اشترى به ثوبًا، حيث لا يكون له أن يشاركه فيه؛ لأنه مبادلة من كل وجه، بل يضمنه ربع الدين إن شاء، ولأنه أتلف عليه نصيبه، وإن شاء رجع على الغريم؛ لأنه حقه عليه فى الحقيقة، وإنما كان له أن يشاركه فى الثوب فى فصل الصلح، كيلا يلزم المصالح الضرر، وهنا انتفى الضرر، لما ذكرنا، فيرجع بربع الدين، ثم يرجعان على الغريم لاستواءهما فى الاقتضاء. (الزيلعى)

(٢) أى فى الدين الذى قبضه.

(٣) قوله: "ضمنه" يعنى إن شاء؛ لأنه صار قابضًا له لنصيبه بالمقاصة، ولا ضرر عليه؛ لأن مبنى البيع على المماكسة، بخلاف الصلح على ما بينا، ولا يقال: قسمة الدين قبل القبض لا تتصور، فكيف تتصور المقاصة فيه؛ لأنا نقول: قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنًا، وإنما لا تجوز قصدًا، وهنا وقعت القسمة فى ضمن صحة الشراء، أو صحة المصالحة، وكم من شىء يصح ضمنًا، ولا يصح قصدًا، وللغريم أن لا يتبع القابض فى الجميع ويرجع على المديون؛ لأن للقابض حقه إلا أن له حق المشاركة، فكان له أن يشاركه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "بطل" وهذا عند الطرفين؛ لأنه يستلزم جواز قسمة الدين فى الذمة، وإنها لا تجوز

أي أحد الشريكين في سلم | من رأس المال

صلح أحد ربى السلم من نصيبه على ما دفع، وإن أخرجتِ الورثة أحدهم عن عرض، أو عقار بمال[1]، أو عن ذهب[2] بفضة، أو بالعكس[3] صح[4]، قل أو كثر، وعن[5] نقدين وغيرهما بأحد النقدين[6] لا، ما لم يكن المعطى أكثر من حظه

هي التركة | دفعوها إليه | وهما الذهب والفضة | أي قلّ ما أعطوه أو كثر | مثل العقار والعروض | مصدرية ظرفية | بفتح الطاء: أي الذي أعطوه | أي نصيبه

خلافًا لأبي يوسف، قال: عنده يجوز؛ لأنه دين مشترك، فإذا صالح أحدهما على حصته جاز كسائر الديون، كما في "شرح الكنز" للعيني.

وإنما شرط على دفع رأس المال؛ لأن الصلح على غير رأس المال لا يجوز بالاتفاق؛ لما فيه من استبدال المسلم فيه.

وفي "التنوير": صالح أحد ربى السلم عن نصيبه على ما دفع، فإن أجازه الآخر نفذ عليهما، وإن رده رد وبطل، ثم قال: وهذه العبارة أولى من قول "الكنز"، وهو اختيار المصنف، وبطل إلى آخره؛ لأنه ليس بباطل، بل هو صحيح موقوف إلا أن يراد به أنه سيبطل على تقدير عدم الإجازة -انتهى-. (المجمع)

(١) أي أو أخرجوه عن عقار، هي التركة.

(٢) أي أو أخرجوه عن ذهب، هو التركة.

(٣) أي أخرجوه عن فضة هي التركة بذهب دفعوه إليه.

(٤) قوله: "صح" لأنه يحمل على المبادلة؛ لأنه صلح عن عين، ولا يمكن حمله على الإبراء، إذ لا دين عليهم، ولا يتصور الإبراء عن العين، وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز، وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس. (ز)

(٥) قوله: "وعن [أي ولو أخرجوه عن... إلخ]" أي لو صالح عن الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار على الذهب والفضة، لا يجوز الصلح حتى يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس، حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه، والزائد بحقه من بقية التركة؛ لأنه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الإبراء من الأعيان، وجب اعتبار الشرط المعاوضة فيه، وذلك بما ذكرنا؛ لأنه لو أعطوه قدر حقه، أو أقل يكون العروض أو العروض، وبعض الذهب أو الفضة حاصلا لهم بلا عوض، فيكون ربا، وكذا إذا لم يعلم قدر نصيبه، لاحتمال الربا؛ لأن الفساد على تقدير أن يكون مساويًا له، أو قل، فكان أرجح وأولى باعتبار. (الزيلعي)

(٦) أي بإعطاء أحدهما.

أى أخرجت الورثة أحدهم

منه[١]، ولو فى التركة دينٌ على الناس، فأخرجوه ليكون الدين

الصلح الصلح أى الورثة الصلح أى ولو كان على...إ

لهم بطل[٢]، وإن[٣] شرطـوا أن يبـرأ الغـرمـاء منه[٤] صح، ولو

أى قسمة الدين

على الميت دين محيط[٥]، بطل[٦] الصلح والقسمة.

---

(١) أى من ذلك النقد الذى دفعوه إليه.

(٢) قوله: "بطل" لأن فيه تمليك الدين الذى هو حصة المصالح من غير من عليه الدين، وهم الورثة، فبطل ثم تعدى البطلان إلى الكل، لأن الصفقة واحدة، سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند الإمام، وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين إذا بين حصته. (المجمع)

(٣) قوله: "وإن" هذه حيلة لصحة الصلح الذى حكم ببطلانه، أولا، فإنه إسقاط وتمليك الدين من غير من عليه الدين، ولا يخفى أن فى هذا الوجه ضررا لسائر الورثة، حيث لا يمكنهم الرجوع على المديون بقدر نصيب المصالح، ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق فيما على المديون، فإذا وجد الضرر مع النفع فى محل لا يعد مثل هذا الضرر ضرراً، فتصير هذه الحيلة مقبولة عند البعض. (محمد إعزاز على غفر له)

(٤) أى من الدين الذى هو نصيب المصالح.

(٥) بالتركة بأن لا يبقى شيء بعد أداءه.

(٦) قوله: "بطل" لأن الورثة لا يملكون التركة فى هذه الحالة؛ لأن الدين المستغرق يمنع من دخول التركة فى ملك الوارث؛ لأن حاجته مقدمة على الإرث، وإن لم يكن مستغرقًا بالدين، لا ينبغى لهم أن يقسموه، أو يصالحوا عنه، وإن فعلوا ذلك جاز استحسانًا، والقياس أن لا يجوز؛ لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين، لعدم الأولوية إلى جزء دون جزء، فصار كالمستغرق، فيمنع من دخوله فى ملك الورثة.

وجه الاستحسان: أن الإنسان لا يخلو عن دين قليل، فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث أدى إلى الحرج، أو إلى أن لا يملكوا أصلا.

فقلنا: بأنهم يملكونه دفعًا للضرر عنهم إلا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين، ويترك يقضى به الدين كيلا يحتاجوا إلى نقض القسمة. (الزيلعى بحذف)

كتاب[1] المضاربة[2]

في الربح — هو جانب رب المال — هو جانب المضارب

هي[3] شركة بمال من جانب وعمل من جانب،

بعد القبض قبل التصرّف. — لتصرفه بأمره، وهذا معنى الوكالة. — إن ربح

والمضارب أمين[4]، وبالتصرف وكيل، وبالربح شريك[5]،

أي فساد المضاربة — لرب المال فيما فوّضه إليه — ضامن

وبالفساد[6] أجير، وبالخلاف[7] غاصب، وباشتراط[8] كل

---

(١) قوله: "كتاب" قال ملاّ مسكين: هي كالمصالحة من حيث إنها تقتضي وجود البدل من جانب واحد. . . اهـ، قال السيد الحموي: وفيه تأمل؛ لأن الصلح إذا كان عن مال يكون بيعًا، والبيع يقتضي وجود المبادلة من الجانبين. . . اهـ، وفيه أنه لا يلزم في المناسبة أن تكون من كل الوجوه، قد اعتبرت هنا في قسمين من الصلح، الصلح عن إنكار أو سكوت. (الطحطاوي)

(٢) قوله: "المضاربة" هي لغة مفاعلة من الضرب في الأرض، يعني السير، قال الله تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ اللهِ﴾ أي يسافرون للتجارة ونحوها، سمّي بها؛ لأن العامل فيها سير في الأرض غالبًا لطلب الربح.

ولأن المضارب يستحق لسعيه وعمله، فهو شريك في الربح، وهي مشتقة من الضرب في الأرض والتصرف، وأهل المدينة يسمون هذا العقد مقارضة من القرض بمعنى القطع، فصاحب المال قطع قدرًا من ماله عن تصرفه، وجعل التصرف فيه إلى العامل بهذا العقد، فسمّي به. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "هي" يعني المضاربة عقد شركة بمال من أحد الشريكين، وعمل من الآخر، هذا في الشرع، والمرد بالشركة الشركة في الربح، حتى لو شرطا فيها الربح لأحدهما لا تكون مضاربة. (الزيلعي)

(٤) لأنه قبضه بإذن المالك لا على وجه البدل والوثيقة.

(٥) لأنه هو المقصود من عقد المضاربة، فثبوت الشركة من ضرورة صحتها.

(٦) قوله: "وبالفساد" أي المضاربة إجارة فاسدة إن فسدت؛ لأن الواجب له حينئذٍ في مقابلة عمله أجر المثل، كالإجارة الفاسدة، فلا ربح له، أي للمضارب، بل له أجر مثل عمله، سواء ربح أو لا، به قال الشافعي، وأحمد في رواية؛ لأن الأجر يجب بتسليم المنافع أو العمل، وقد وجد العمل، فيجب أجر المثل، ولا يزاد في أجر العمل للمضارب على ما شرطه من الربح عند أبي يوسف؛ لأنه رضي به، خلافًا لمحمد، فإنه قال له أجر المثل، ولو زاد على ما شرط. (شرح النقاية بحذف وتصرّف)

(٧) قوله: "وبالخلاف" أي إذا خالف المضارب لما شرطه رب المال يكون غاصبا؛ لوجود التعدي على مال غيره؛ لأن صاحبه لا يرضى أن يكون في يده، إلا على الوجه الذي أمره به، فإذا خالف فقد

أى طالب بضاعة، وهى أن يعمل له متبرّعًا.
الربح له مستقرض، وباشتراطه لرب المال مستبضع[١]، وإنما[٢]
المضاربة موصولة أى بين رب المال والمضارب
تصح بما[٣] تصح به الشركة[٤]، ويكون[٥] الربح بينهما مشاعًا،
دراهم أى فللمضارب لما ذكرنا
فإن[٦] شرط لأحدهما زيادة عشرة، فله أجر مثله، ولا

تعدى، وبه قال مالك والشافعى وأحمد وأكثر أهل العلم. (عز)

(٨) قوله: "وباشتراط" أى إذا شرطا أن يكون الربح كله للمضارب يكون المضارب مستقرضًا، وإنما صار المضارب مستقرضًا باشتراط كل الربح له؛ لأنه لا يستحق الربح كله إلا إذا صار رأس المال ملكًا له؛ لأن الربح فرع المال، كالثمرة للشجرة، وكالولد للحيوان، فإذا شرط أن يكون جميع الربح له، فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى، فقضيته أن لا يرد رأس المال؛ لأن التمليك لا يقتضى الرد، كالهبة وغيره، لكن لفظة المضاربة تقتضى رد رأس المال، فجعلناه قرضًا لاشتماله على المعنيين عملا بها. (عز)

(١) قوله: "مستبضع" أى إذا شرط أن يكون الربح كله لرب المال يكون المضارب مستبضعًا؛ لأن المضارب لما لم يطلب لعمله بدلا، وعمله لا يتقوم إلا بالتسمية، كان وكيلا متبرّعًا، وهذا معنى البضاعة، فكأنه نص عليها. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وإنما" معناه لا تصح إلا بما تصح به الشركة؛ لأنها عقد شركة فى الربح، فلا يصح إلا بما يصح الشركة. (عز)

(٣) وهو الدراهم والدنانير فقط عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى مثلهما الفلوس النافقة.

(٤) فتفسد المضاربة إن شرط لأحدهما عشرة دراهم مثلا.

(٥) قوله: "ويكون" لأن عدم شيوعه بينهما، بأن سمّيا منه لأحدهما دراهم، أو دنانير، يؤدى إلى قطع الشركة فيه على تقدير أن لا يزاد على المسمى. (شرح النقاية)

(٦) قوله: "فإن" صورتها فى "الجامع الصغير" محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه: فى رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة على أن الربح بينهما نصفان، وعلى أن للذى أخذ المال مضاربة زيادة من الربح عشرة دراهم، قال لا خير فى هذا، أوله أجر مثله فيما عمل -إلى أنها لفظ محمد فى أصل "الجامع الصغير"- وذلك لأن المضاربة عقد على الشركة، فما أدى إلى قطع الشركة، كان فاسد الفوات المقصود من عقد الضاربة، وهذا الشرط يؤدى إلى قطع الشركة، فيكون العقد فاسدًا؛ لأنه ربما لا يربح إلا هذا القدر، فلا يحصل للآخر شيء، وإذا فسدت المضاربة، كان للعامل أجر مثل عمله؛ لأنه ابتغى بعمله عوضًا، فإذا لم يسلم له ذلك لفساد العقد، كان له أجر المثل، كما فى الإجارة الفاسدة. (الشلبى)

يجاوز[١] عن المشروط[٢]، وكل شرط يوجب جهالة الربح
أى عقد المضاربة لا يفسد العقد أى الخسران
يفسده[٣]، وإلا[٤] لا، ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على
رب المال في المضاربة المطلقة أى حال أى إلى أجل
المضارب، ويدفع[٥] المال إلى المضارب، ويبيع[٦] بنقد ونسيئة،
عند أحد من مال المضاربة
ويشترى ويوكل ويسافر ويبضع[٧] ويودع، ولا[٨] يُزوّج عبداً،

---

(١) هذا هو الحكم فى كل موضع لم تصح المضاربة فيه.

(٢) قوله: "المشروط" أراد بالمشروط ما وراء العشرة؛ لأن تلك تغيير المشروع، فوجوده كعدمه يعنى أن المراد من المشروط إنما هو المشروط من الربح نحو النصف، والثلث لا العشرة، فإنها مفسدة. (الكشف مع حاشية)

(٣) قوله: "يفسده" لأن الربح هو المعقود عليه، وجهالته تفسد العقد، كان شرط على المضارب أن يعطى داره لرب المال ليسكن فيها؛ لأن نصف الربح مقابل بأجرة الدار، وبعمله، فجهلت حصة عمله، أو ردّد فى الربح، كأن يقول لك: نصف الربح أو ثلثه. (الكشف)

(٤) قوله: "وإلا [أى وإن لم يوجب الشرط جهالة الربح]" أى إن لم يكن مؤدّيًا إلى جهلة الربح لا يفسدها، بل يبطل الشرط، وذلك ظاهر، كما لو شرط على رب المال أن يسكن المضارب داره، صحّ العقد، وبطل الشرط لأنه لا يفضى إلى جهالة حصة العمل، إذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير، ولا جهالة فيه؛ لأن الكلام فيما إذا شرط جزءً معلومًا من الربح شائعًا، ثم شرط لا يقتضيه العقد، فيبطل هو دونها؛ لأن المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة، كالوكالة والهبة؛ لأن صحتها تتوقف على القبض كالهبة، وشرط الوضيعة شرط زائد لا يوجب قطع الشركة فى الربح، ولا الجهالة فيه، فلا يكون مفسدًا، وتكون الوضيعة وهو الخسران على رب المال؛ لأن ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال، دون غيره، والمضارب أمين فيه، فلا يلزمه بالشرط، فصار الأصل فيه أن كل شرط يوجب جهالة فى الربح، أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا. (الزيلعى بتصرّف وحذف)

(٥) قوله: "ويدفع" يعنى رب المال يسلم المال إليه، ولا بد له من ذلك؛ لأن المضاربة فيها معنى الإجارة؛ لأن ما يأخذه مقابل بعمله، والمال محل للعمل، فيجب تسليمه، كالإجارة الحقيقة. (الزيلعى)

(٦) قوله: "ويبيع" شروع فى ما يجوز للمضارب أن يفعله يعنى للمضارب أن يفعل هذه الأشياء كلها إذ كانت المضاربة صحيحة مطلقه، بأن دفع إليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه؛ لأن المطلق يتناول الأنواع كلها، فله أن يفعل ما هو معتاد بين التجار؛ لأنه قد يربح فى جهة من التصرف دون جهة، أو نوع من الأنواع دون نوع، فيطلق له الكل ليحصل له غرضه، وهو تحصيل الربح، والتوكيل، والإبضاع، والإيداع، والمسافرة من ضيعهم، وعن أبى يوسف أنه ليس له أن يسافر به لعرضية على

الهلاك، وإن دفع إليه فى غربة كان له أن يسافر به إلى بلده؛ لأن الظاهر أن صاحبه رضى به؛ إذ الإنسان لا يقيم بدار الغربة دائمًا فى الغالب، وإعطاء المال مضاربة فى هذه الحالة مع علمه بحاله، يدل على رضاه به.

وجه الظاهر أن المضاربة مشتقة من الضرب فى الأرض على ما بينا من قبلُ، فيملكه بمطلق العقد؛ إذ اللفظ دالّ عليه، ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك؛ لأن الظاهر فيه السلامة، ولا معتبر بالموهوم.

ألا ترى أن للمودع أن يسافر بالوديعة مع أنه ليس له أن يودع، والمضارب له ذلك، فكان أدنى منها، وأولى بالجواز، والبيع نسيئة من صنيع التجارة، وهو متعارف عندهم، فيدخل عند الإطلاق؛ لأن المتعارف كالمنصوص عليه وهو أقرب إلى تحصيل الربح عادة، فكان أوفق لمقصود رب المال. (الزيلعى بحذف وتصرّف وزيادة)

(٧) من الإبضاع وهو أن يدفع إلى غيره مالا يعمل فيه، ويكون الربح للعامل.

(٨) قوله: "ولا" شروع فيما لا يجوز للمضارب أن يفعله، يعنى لا يجوز أن يزوج المضارب عبدًا، ولا يجوز أيضًا أن يزوج أمة، ولا يجوز أن يعطى المال مضاربة، إلا أن يأذنه رب المال، أو يقول له: اعمل برأيك.

ولا يجوز للمضارب أن يتعدى عما عينه رب المال من بلد بعينه، بأن قال: لا تعمل إلا فى مصر مثلا، أو عينه من سلعة بعينها، بأن قال: لا تبع، ولا تشتر إلا فى الحرير مثلا، أو عينه من وقت، بأن وقت للمضارب وقتًا بعينه، أو عينه من معامل بعينه، بأن قال: لا تعامل إلا مع زيد بن فلان مثلا، فإن خالف صار ضامنًا.

ولا يجوز له أن يشترى من يعتق على رب المال كأبيه، وابنه أو بسبب جلت، ولا يجوز أن يشترى من يعتق على المضارب، ولكن هذا الأخير مشروط بظهور الربح فى المال، أما الأول فلأن تزويج المماليك ليس من عمل التجارة.

وعن أبى يوسف أنه يزوج الأمة، إذ يستفيد به المهر، وأما الثانى فلأن الشىء لا يتضمن مثلا إلا بالتنصيص عليه، أو التفويض المطلق إليه، ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره إلا بما قلنا، بخلاف المكاتب، والعبد المأذون له والمستعير، حيث تضمنت هذه العقود أمثالها؛ لأنهم يتصرفون بحكم المالكية، لا بحكم النيابة؛ لأن المكاتب صار حرًا يدًا، فله أن يكاتب، وبخلاف الإيداع، والإبضاع؛ لأنهما دونها، فتضمنتهما.

وأما الثالث فلأن المضاربة توكيل، وفى التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق، وخيانة المضارب من نفقة ماله، وكذا الأسعار قد تختلف، فبالتقييد تحصيل الفائدة، فتعتبر.

وأما الرابع فلأن عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح، وذلك بالبيع بعد الشراء، وفى التصرف فيه كثيرًا والعتق ينافيه، بخلاف الوكيل بشراء العبد، حيث يجوز له أن يشترى من يعتق على الموكل؛ لأن التوكيل هناك مطلق، فيجرى على إطلاقه، وهنا مقيد بمال يمكن التجارة فيه، حتى لو وجد فى الوكالة أيضًا ما يدل على التقييد، بأن قال: اشتر لى عبدًا أبيعه، أو قال: أستخدمه، أو جارية أطأها، كان الحكم كذلك.

وأما الخامس فلأنه يعتق نصيبه، ويفسد بسببه نصيب رب المال، أو يعتق على الاختلاف الذى بينا

يعنى لا يعطى المال مضاربة. من رب المال. أى أو بقوله: اعمل..إلخ
أو لا أمة، ولا يضارب إلا بإذن، أو بـ "اِعمل برأيك"، ولم
رب المال بعينه بعينها بعينه
يتعد عمّا عينه من بلد وسلعة، ووقت أو مُعامِل كما[1] فى
الشركة.

أى على المضارب
ولم يشترِ[2] من يُعتق على المالك، أو عليه[3] إن ظهر[4]
المضارب أى إن اشترى قريبه شراءه للمضاربة الربح فى المشترى
ربح، وضمن[5] إن فعل، فإن[6] لم يظهر[7] ربح صح، فإن ظهر
أى نصيب المضارب المضارب شيئًا العبد
عتق[8] حظه، ولم يضمن[9] لرب المال، وسعى[10] المعتق فى

فى العتق، فيمتنع التصرّف فيه. (محمد إعزاز على غفر له)

(١) قوله: "كما" أى كما لا يجوز أن يتعدى الشريك فى الشركة عما عينه الشريك للآخر من البيع والشراء فى بلدة بعينها، أو فى سلعة بعينها، أو مع معامل عينه. (الزيلعى)

(٢) أى ليس له أن يشترى من يعتق على رب المال بقرابة وبسبب يمين.

(٣) أى ليس للمضارب أن يشترى من يعتق عليه إذا كان فى المال ربح.

(٤) قوله: "ظهر" المراد من ظهور الربح المذكور هنا أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال، سواء كان فى جملة مال المضاربة ربح، أو لم يكن؛ لأنه إذا كان قيمة العين مثل رأس المال، أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه، بل يجعل مشغولا برأس المال، حتى إذا كان رأس المال ألفًا، وصار عشرة آلاف درهم، ثم اشترى المضارب من يعتق عليه، وقيمته ألف أو أقل، لا يعتق عليه، وكذا لو كان له ثلاثة أولاد، أو أكثر، وقيمة كل واحد ألف، أو أقل، فاشتراهم لا يعتق منهم شىء؛ لأن كل واحد مشغول برأس المال، ولا يملك المضارب منهم شيئًا، حتى تزيد قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضم إلى آخر. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وضمن" أى ضمن المضارب إن اشترى قريبه، وقيمته أكثر من رأس المال؛ لأنه يصير مشترى العبد لنفسه، فيضمن بالنقد من مال المضاربة. (الزيلعى)

(٦) قوله: "فإن" أى وإن لم يكن فى قيمة العبد المشترى زيادة على رأس المال، جاز شراءه للمضاربة؛ لأنه إذا لم تزد قيمته على رأس المال، لا يعتق عليه، إذ لا ملك للمضارب فيه، لكونه مشغولا برأس المال، فيمكنه أن يبيعه للمضاربة، فيجوز. (الزيلعى)

(٧) أى إن لم يكن فى قيمة العبد المشترى زيادة على رأس المال.

(٨) قوله: "عتق" أى إن ظهر الربح فى المشترى بعد الشراء، بأن كانت قيمته وقت الشراء قدر

أى مع المضارب أى أخذها مضاربة بالنصف

قيمة نصيب رب المال، معه ألف بالنصف، فاشترى به أمةً

بعد ما وطئ المضارب إياها أى إدّعاه المضارب فى حال يساره

قيمتها ألف، فولدت ولداً يساوى ألفاً، فادعاه موسراً، فَبلغتْ

أى قيمة الولد أى ربع الألف، وهو مائتان وخمسون.

قيمته ألفاً وخمس مائة، سعى لرب المال فى ألف وربعه، أو

أى أو أعتق رب المال وهو المضارب أى نصف قيمة الجارية

أعتقه، فإن قبض الألف، ضمن(١) المدعى نصف قيمتها.

رأس المال، أو أقل، ثم زادت قيمته حتى صارت أكثر من رأس المال، عتق نصيب المضارب؛ لأنه ملك بعض قريبه، فوجب أن يعتق عليه بقدره. (الزيلعى)

(٩) قوله: "ولم يضمن" لأنه لا صنع له فيه، وإنما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة القيمة من غير اختيار، فصار كما إذا ورثه مع غيره. (الزيلعى)

(١٠) قوله: "وسعى" لأنه احتبست ماليته عنده، فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه. (الزيلعى)

(١) قوله: "ضمن" وإنما كان كذلك لأن دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهراً؛ لأنه يحمل على أنه ولده من النكاح، بأن يحمل أن البائع زوجها منه، ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لأمره على الصلاح، لكن لا تنفذ هذه الدعوة لعدم الملك، وهو شرط فيه، إذ كل واحد من الجارية، وولدها مشغول برأس المال، فلا يظهر الربح فيه لما عرف أن مال المضاربة إذا صار أجناساً مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال، لا يظهر الربح عندنا، خلافاً لزفر رحمه الله؛ لأن بعضها ليس بأولى به من البعض، فإذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب فى الأمة وفى الولد، وإنما الثابت له مجرد حق التصرف، لا تنفذ دعوته، فإذا زادت قيمة الغلام، وصارت ألفاً وخمس مائة، ظهر الربح فيه فى ذلك الوقت، فملك المضارب منه نصف الزيادة، فنفذت دعوته السابقة فيه لوجود شرطها، وهو الملك، بخلاف ما إذا أعتق الولد، ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ إعتاقه السابق؛ لأن الإعتاق إنشاء، فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه.

أما الدعوة فإخبار، فإذا رد فى حق غيره، فهو باق فى حق نفسه، فإذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه، كما إذا أقر بحرية عبد لغيره يرد إقراره، فإذا ملكه بعد ذلك صار حرّاً.

ولو أعتق عبد الغير، ثم ملكه لا ينفذ عتقه، لما قلنا، فإذا نفذت دعوته صار الغلام ابناً له، وعتق بقدر نصيبه منه، وهو ربعه، ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد؛ لأن العتق ثبت بالملك والنسب، فصارت العلة ذات وجهين، والملك آخرهما وجوداً، فيضاف الحكم، وهو العتق إليه؛ لأن الحكم يضاف إلى الوصف الأخير، ولا صنع للمضارب فى الملك، فلا يجب عليه الضمان، لعدم التعدى، إذ لا تجب ضمان العتق إلا بالتعدى، فكان رب المال بالخيار، إن شاء عتق نصيبه من الغلام وإن شاء استسعاه؛ لأن ماليته احتبست عنده على ما مرّ فى الإعتاق، فإذا اختار للاستسعاء استسعاه فى ألف ومائتين وخمسين؛ لأن الألف مستحق له برأس المال ومائتين وخمسين نصيبه من الربح، فإذا قبض منه

يصح فى باب التنوين وعدمه على أنه مضاف للمضارب

باب[(١)] المضارب يضارب[(٢)]

من رب المال س م

فإن ضارب[(٣)] المضارب بلا إذن، لم يضمن ما لم يعمل

ألف درهم، صار مستوفيًا لرأس ماله، وظهر أن الأم كلها ربح، وزادت على رأس المال، فكانت بينهما نصفين، ونفذ فيها دعوة المضارب، وصارت كله أم ولد له؛ لأن الاستيلاد إذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ بالإجماع.

ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرًا كان أو معسرًا؛ لأن ضمان التمليك وهو لا يختلف باليسار والإعسار، ولا يتوقف على التعدّى؛ لأنه ضمان تملك، ولهذا لو ورث أم ولده مع غيره، يتملكها كلها، ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها موسرًا كان أو معسرًا، بخلاف ضمان الإعتاق، فإنه ضمان إفساد لا تملك، وهو متولد من تصرفه فى ملكه، فلا يجب عليه بغير تعد، ولا على معسر.

واشتراط اليسار هنا ليعلم أنه لا يجب على أحد، وإنما شرط قبض رب المال الألف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب؛ لأنها مشغولة برأس المال، فإذا قبضه من الغلام، فرغت عن رأس المال، وصارت كلها ربحا له، فظهر فيها ملك المضارب، فصارت أم ولد له لما ذكرنا.

فإن قيل: لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح، وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحًا، وهى مشغولة برأس المال حالها؟ قلنا: المقبوض من جنس رأس ماله، فكان هو أولى بجعله من رأس ماله. (الزيلعى بحذف)

(١) قوله: "باب" لما ذكر حكم دفع المال مضاربة من رب المال إلى غيره، ذكر حكم دفع المضارب إلى غيره مضاربة الأولى مفردة، وهذه مركبة، والمركب بعد المفرد وجودًا لا عدمًا. (الشلبى)

(٢) قوله: "يضارب [أى يدفع المال إلى غيره مضاربة]" جملة يضارب حال من المضارب، أو صفة؛ لأن المضارب بمنزلة النكرة، إذ الألف واللام فيه للجنس، وهذا على جعلهما متضايفين، أما على التنوين فالظاهر أن جملة يضارب خبرًا المضارب، والمعنى المضارب تقع منه المضاربة، ويرد على الحالية أن الحال لا يجيء من المضاف إليه إلا فى صورة ثلاث، وليس هذا منها. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "ضارب" أى إذا دفع المضارب المال مضاربة بغير إذن من رب المال، لم يضمن بالدفع ما لم ينصرف المضارب الثانى فيه، وهذا ظاهر الرواية، وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يضمن حتى ربح، وقال زفر رحمه الله: يضمن بالدفع عمل أولا.

وجه قول زفر: إنه دفع ماله أى غيره بلا أمره، فيضمن، ووجه رواية الحسن عنه أن الدفع قبل عمل الثانى إيداع، وبعده إبضاع، وكلاهما يملكه المضارب، لكنه إذا ربح ثبت له شركة فى المال، فيضمن، كما لو خلطه بغيره.

ووجه ظاهر الرواية أن الربح إنما يحصل بالفعل، فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله فى صيرورة المال مضمونًا به، والظاهر من صنيع صاحب "الهداية" ترجيح ما رواه الحسن عنه، فإنه أخّر دليله. (عز)

أى يشترط الثلث حالية أى للمضارب الأول

الثانى[١]، فإن[٢] دفع بإذن بالثلث، وقيل له: ما رزق الله فبيننا

أى رب المال من الربح أى وللمضارب الأول من الربح

نصفان، فللمالك النصف، وللأول السدس، وللثانى الثلث.

أى قال رب المال للأول: ذلك والمسألة بحالها. أى للمضارب الثانى

ولو قيل له: ما رزقك الله فبيننا نصفان، فللثانى[٣]

أى ثلث الربح. من الربح أى المضارب الأول. فيكون الربح أثلاثًا. يعنى لو قال له رب المال

ثلثه، والباقى بين المالك والأول نصفان، ولو قيل له[٤]: ما

إلى الثانى أى نصف الربح.

ربحتَ فبيننا نصفان، ودفع بالنصف، فللثانى النصف،

أى رب المال والمضارب وهو النصف أى قال له رب المال

واستويا فيما بقى، ولو قيل له: ما رزق الله فلى نصفه، أو ما

---

(١) هذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة، وإن فاسدة فلا ضمان على الأول، وإن ربح الثانى.

(٢) قوله: "فإن دفع" أى دفع المضارب الأول إلى المضارب الثانى بالثلث، وكان رب المال، وقال للأول: على أنَّ ما رزق الله بيننا نصفان، فأربح الثانى، فلرب المال النصف، وللمضارب الأول السدس، وللمضارب الثانى الثلث؛ لأن الدفع إلى الثانى صحيح؛ لأنه بأمر المالك، ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى، وقد جعل الأول ثلثه للثانى، فينصرف ذلك إلى نصيبه؛ لأنه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيئًا، فبقى له السدس، ويطيب ذلك لكلهم؛ لأن رب المال يستحقه بالمال؛ لأنه نماء ملكه، والمضارب الأول والثانى يستحقانه بالعمل؛ لأن عمل الثانى وقع عنهما، وهى تجارة حسنة حيث يستحق الأول سدس الربح، وهو قاعد. (الزيلعى بحذف)

(٣) قوله: "فللثانى" لأن رب المال هنا شرط الثانى أن يكون ما رزق الله المضارب الأول بينهما نصفين، والمرزوق للأول هو الثلثان؛ الثلث استحقه الثانى بشرط الأول، وهو مأذون له فيه، فلم يكن من رزق الأول إلا الثلثان، فيكون ذلك بينهما نصفين، ويطيب لهم بلا شبهة أيضًا، لما ذكرنا، وهذا أحسن فى حق الأول. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولو قيل" أى قال رب المال للمضارب الأول: أى شىء ربحت فهو بيننا نصفان، ثم دفع الأول للثانى بالنصف، فللثانى نصف الربح؛ لأن الأول شرط له ذلك، وشرطه صحيح؛ لأنه بإذن المالك، والباقى وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الأول، فيكون بينهما نصفين؛ لأن رب المال لم يشترط لنفسه هنا إلا نصف ما ربحه الأول، ولم يربح وهو إلا النصف، والنصف الآخر صار للثانى بشرطه، فلم يكن من ربح الأول، وهذه مثل المسألة الثانية، غير أن المشروط فيها للثانى، فيبقى لهما الثلثان، وفى هذه النصف، فيبقى لهما النصف. (الزيلعى)

أى رب المال إلى الآخر

كـان من فضلٍ، فبينا نصفان، فدفع بالنصف، فللمالك[١]

من الربح أى وللمضارب الثانى من الربح أى المضارب الأول

النصف، وللثانى النصف، ولا شيء للأول، ولو شرط للثانى

أى ثلثى الربح، والمسألة بحالها أى المضارب الأول أى سدس الربح من ماله

ثلثيــــه، ضمن[٢] الأول للثانى سدسا.

المضارب أى رب المال أى ثلث الربح أى ثلث الربح أى مع المضارب

وإن[٣] شرط للمالك ثلثه، ولعبده ثلثه على أن يعمل معه،

أى رب المال أو المضارب بدار الحرب

ولنفسه ثلثه صحّ، وتبطل[٤] بموت أحدهما، أو بلحوق المالك

---

(١) قوله: "فللمالك" لأن قول رب المال ما رزق الله، أو ما كان من فضل ينصرف إلى جميع الربح، فيكون له أيضًا النصف، فلم يبقَ للأول شيء من الربح، فيخرج بغير شيء، بخلاف ما إذا قال: ما ربحت بيننا نصفان، أو ما رزقك الله، حيث يكون لرب المال نصف ما بقى من الثانى، وهى المسألة المتقدمة، والأصل فيه أن رب المال حين شرط لنفسه نصف الربح، أو ثلثه من مطلق الربح، فله ما شرط من جميع الربح، وإن شرط لنفسه نصف ما ربحه المضارب الأول، أو ثلثه، فله ما شرط مما فضل من نصيب الثانى، فلا يمكن أن يخرج الأول فى هذه بغير شيء، وفى الأولى يمكن على ما رأيت، ويمكن أن يضمن للثانى أيضًا على ما نبين. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "ضمن" لأن المالك شرط النصف لنفسه، فله ذلك، واستحق المضارب الثانى ثلثى الربح بشرط الأول؛ لأن شرطه صحيح لكونه معلومًا، لكن لا ينفذ فى حق المالك، إذ لا يقدر أن يغير شرطه، فيغرم له قدر السدس تكمة للثلثين؛ لالتزامه بالعقد. (المجمع)

(٣) قوله: "وإن" أى إذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح، ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد مع المضارب، ولنفسه ثلث الربح جاز؛ لأن اشتراطه للعبد يكون اشتراطًا للمولى، فكأنه شرط للمولى ثلثى الربح، واشتراط عمل العبد غير مفسد؛ لأنه من أهل أن يضارب فى مال مولاه، وللعبد يد حقيقة، ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد، وإن كان محجورًا عليه، لا سيما هنا؛ لأنه يكون العبد مأذونًا باشتراط العمل عليه، فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم إليه، فصحت المضاربة لزوال يد المولى عن المال.

بخلاف ما إذا شرط عمل رب المال؛ لأن بقاء يده يمنع تسليم المال إلى المضارب، فلا يجوز، ثم إن لم يكن على العبد دين، فهو لغرمائه إن شرط عمله، وإن لم يشترط عمله، فهو للمولى وهو ظاهر؛ لأنه باشتراط عمله صار مضاربًا فى مال مولاه، فيكون كسبه له، فيأخذه غرماؤه، وإلا فهو للمولى، وإن لم يشترط عمله، فهو أجنبى عن العقد، فكان المشروط كالمسكوت عنه، فيكون له؛ لأنه نماء ملكه، إذ لا يشترط بيان نصيبه، وإنما يشترط بيان نصيب المضارب؛ لكونه كالأجير. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وتبطل" أى تبطل المضاربة إذا مات رب المال أو المضارب، أو لحق رب المال بدار

مرتدا، أو ينعزل[١] بعزله إن علم، وإن علم[٢] والمال عروض باعها، ثم لا يتصرف[٣] في ثمنها، ولو افترقا وفي المال ديون وربح، أجبر[٤] على اقتضاء الديون، وإلا[٥] لا يلزمه الاقتضاء، ويوكل[٦] المالك عليه، والسمسار يجبر[٧] على التقاضي، وما

الحرب مرتدا، أما الأول فلأن المضاربة وكالة، وهي تبطل بموت أحدهما، ولا تورث، وأما الثاني فلأن اللحوق بمنزلة الموت، ولهذا يورث ماله، وتعتق أمهات أولاده، ومدبروه، قيد بلحوق المالك، فإنه لو لم يلحق يتوقف على تصرف مضاربه عند أبي حنيفة في النفاذ على الإسلام، والبطلان بالموت أو القتل؛ لأنه يتصرف له، فصار كتصرفه بنفسه. (عز)

(١) قوله: "وينعزل" أي ينعزل المضارب بعزل رب المال إياه بشرط أن يعلم العزل؛ لأنه وكيل من جهته، فيشترط فيه العلم بعزله على ما بينا في الوكالة. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وإن علم" أي علم المضارب بالعزل، ومال المضاربة عروض باع العروض، ولا ينعزل من ذلك؛ لأنّ له حقًا في الربح، ولا يظهر إلا بالنض، فيثبت له حق البيع ليظهر ذلك. (الزيلعي)

(٣) قوله: "لا يتصرّف" لأن البيع بعد العزل كان للضرورة، حتى يظهر الربح إن كان فيه، ولا حاجة إليه بعد النض، فصار كما إذا عزله بعد ما نض، وصار من جنس رأس المال، والمال نقود، لكن من خلاف جنس رأس المال، ليس له مال يبيعه بجنس رأس المال قياسًا؛ لأن النقدين جنس واحد من حيث الثمنية.

وفي الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس المال؛ لأن الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال، وإنما يتحقق ذلك برد جنسه، فكان له أن يبيعه ضرورة، وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقًا، والمال عروض كعزله، والمال عروض حتى لا يمنعه موت رب المال من بيعه، كما لا يمنعه عزله منه (ز)

(٤) قوله: "أجبر" لأنه كالأجير والربح كالأجرة له، وقد سلم له ذلك، فيجبر على إتمام عمله، كما في الإجارة المحصنة (ز)

(٥) قوله: "وإلا" أي إن لم يكن في المال ربح، لا يلزم الاقتضاء؛ لأنه وكيل محض، وهو متبرّع، ولا جبر على المتبرّع على إنهاء ما تبرّع به، ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم، ولا يقال: الرد واجب عليه، وذلك إنما يكون بالتسليم، كما أخذه؛ لأنا نقول: الواجب عليه رفع الموانع، وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة. (ز)

(٦) قوله: "يوكّل" أي يوكل المضارب المالك، وهو رب المال على الاقتضاء؛ لأن حقوق العقد

أى كل شيء — أى فيجعل من الربح دون رأس المال — سواء كان من عمله أو لا

هلك من مال المضاربة فمن[١] الربح، فإن[٢] زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب، وإن[٣] قُسّم[٤] الربحُ، وبقيت المضاربة، ثم هلك المال، أو بعضه، ترادا الربح ليأخذ المالكُ

(كله — أى المالك والمضارب)

تتعلق بالعاقد، ورب المال ليس بعاقد، فلا يتمكن من المطالبة إلا بتوكيل، فيأمو بالتوكيل كيلا يضيع حقه. (الزيلعى)

(٧) قوله: "يجبر" لأنه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة تجعل ذلك بمنزلة الإجارة الصحيحة بحكم العادة، فيجب عليه التقاضى والاستيفاء؛ لأنه وصل إليه بدل عمله، فكان كالمضارب إذا كان فى المال ربح، والسمسار -بكسر الأول- المتوسط بين البائع والمشترى، فارسية معربة، والجمع السماسرة يبيع ويشترى للناس بأجرة من غير أن يستأجر.

ولو استؤجر بأجرة معلومة على أن يشترى أو يبيع شيئًا معلومًا، لا تجوز الإجارة؛ لأنه استوجر على عمل لا يقدر على إقامة بنفسه، فإن الشراء والبيع لا يتم إلا بمساعدة غيره، وهو البائع والمشترى، فلا يقدر على تسليمه، والحيلة فى جوازه أن يستأجره يومًا للخدمة، فيستعمله فى البيع والشراء إلى آخر المدة؛ لأن العقد يتناول المنفعة، وهى معلومة ببيان قدر المدة، هو قادر على تسليمه بتسليم نفسه فى المدة. (ز)

(١) قوله: "فمن" لأن الربح تابع لرأس المال، لتصور وجود رأس المال بدون الربح، بخلاف العكس، فيصرف الهالك إليه، كما يصرف الهالك من مال الزكاة إلى العقود دون النصاب؛ لأن العفو تبع للنصاب. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "فإن" أى إن زاد ما هلك على ما ربح مثلا، كان رأس المال ألفين، والربح مائتين، والهالك ثلاثمائة، لا يكون المضارب ضامنًا؛ لأنه أمين، فلا يكون ضمينًا للتنافى بينهما فى شيء واحد.

(٣) قوله: "وإن" أى إذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها، ولم يفسخاها بأن اقتسما بعض المال، وتركا بعضه فى يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح، ثم هلك المتروك فى يده، وهو أمانة ترادا الربح الذى اقتسماه حتى يستوفى رب المال رأس ماله؛ لأن الربح تابع ورأس المال أصل، فلم يسلم الربح بدون سلامة الأصل، قال رسول الله ﷺ: «المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله، فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه، أو قال: فرائضه» فإذا هلك ما فى يده تبين أنه ليس برأس مال، وأن ما اقتسماه ليس بربح، إذ لا يتصور بقاء التبع بدون الأصل، فيضمن المضارب ما أخذوه على أنه ربح؛ لأنه أخذه لنفسه حتى يتم به رأس المال، بخلاف ما بقى فى يده حيث لا يضمنه؛ لأنه لم يأخذه لنفسه، وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال.

(٤) بين المالك والمضارب قبل استيفاء رأس المال.

أى بين المالك والمضارب. أى بين المالك والمضروب
رأس ماله، وما[١] فضل فهو بينهما، وإن نقص لم يضمن[٢]
المضاربة أى المضاربة ثانيًا فى العقد الثانى
المضارب، وإن قسم[٣] الربحُ، وفُسخت ثم عقداها، فهلك
فى العقد الثانى وبقيت المضاربة
المال لم يترادا الربحَ الأول.

فيما يفعله المضارب
فصل[٤]

أى إلى رب المال
ولا تفسد[٥] المضاربة بدفع[٦] المال[٧] إلى المالك

(١) قوله: "وما" أى أفضل من رأس المال بعد التراد يكون بينهما؛ لأنه ربح؛ لأن رب المال لم يبقَ له حق بعد استيفاء رأس ماله إلا فى الربح. (الزيلعى)

(٢) قوله: "لم يضمن [من رأس ماله بأن كان الهالك أكثر من الربح]" لأنه أمين، وهذا لا يتكرر مع قوله، فإن زاد الهالك... إلخ؛ لأن الهلاك ثمه قبل القسمة، وهنا بعدها. (الكشف)

(٣) قوله: "وإن قسم" أى لو اقتسما الربح، وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيًا، فهلك المال بعد ذلك لم يترادا الربح الأول؛ لأن المضاربة الأولى، قد انتهت بالفسخ، وثبوت الثانية بعقد جديد، فهلاك المال فى الثانية لا يوجب الانتقاض الأولى، فصار كما إذا دفع مالا آخر، وهذه هى الحيلة فيما إذا خاف المضارب أن يسترد منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى فى يده من رأس المال.
وصورة هذه الحيلة أن يسلم المضارب رأس المال إلى رب المال، ثم يقتسما الربح، ثم يرد رب المال إلى المضارب، ويقول له اعمل على المضاربة فتكون بذلك مضاربة مستقبلة، فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب رد الربح الذى كان فى الأول، وهكذا إذا فعلا ذلك فى كل ما اقتسماه لا يجب عليهما التراد عند الهلاك. (الزيلعى)

(٤) اعلم أن حاصل ما يملكه المضارب ثلاثة أنواع: نوع يملكه بمطلق المضاربة، وهو ما كان معتادًا بين التجار، ونوع لا يملكه إلا إذا قال له: اعمل برأيك كالمضاربة والشركة والخلط، ونوع لا يملكه إلا بالصريح كالاستدانة والعتق مطلقًا، والكتابة والإقراض والهبة والصدقة. (البحر)

(٥) قوله: "لا تفسد" حتى لو اشترى رب المال به شيئًا، وباع، فهو على المضاربة؛ لأن الشرط هو التخلية، وقد تحققت والإبضاع توكيل بالتصرف، والتصرف حق المضارب، فيصح التوكيل به، ولما صلح أن يكون وكيلا، لم يكن أخذه استردادًا، بل انتقل عمل رب المال إلى المضارب، وصار كأن المضارب عمل بنفسه، فلم تنتقض المضاربة. (الطحطاوى)

(٦) قوله: "بدفع" أفاد بالدفع أن المضارب لابد أن يتسلم المال أولا، حتى لو جعل المال بضاعة قبل أن يتسلمه لا يصح؛ لأن التسلم شرط فيها. (الطحطاوى)

المضارب للتجارة في مال المضاربة — في الطريق

بضاعةً(١)، فإن(٢) سافر فطعامه وشراه وكسوته وركوبه في

المضارب — أي في مال نفسه — فإنه في ماله مطلقًا

مال المضاربة، وإن عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء، فإن

أي قدر ما أنفق...إلخ — المضارب

ربح أخذ(٣) المالك ما أنفق من رأس المال، فإن باع المتاع

أي أضاف إلى الثمن — أي لا يحسب ما أنفق على نفسه في سفره

مرابحةً حسب(٤) ما أنفق على المتاع، لا على نفسه.

---

(٧) أي كل المال أو بعضه، تقييد "الهداية" بالبعض اتفاقي.

(١) قوله: "بضاعة" قيّد به فإنه لم لو دفع المضارب المال إلى رب المال مضاربة لم تصح المضاربة الثانية، ولم تفسد الأولى، ويكون الربح بينهما على ما شرطا. (عز)

(٢) قوله: "فإن" أي إذا سافر المضارب للتجارة في مال المضاربة، فمأكله ومشربه وملبسه وركوبه يكون في مال المضاربة، وإن عمل في مصره، ففي ماله، كما يكون الدواء في ماله مطلقًا؛ لأن النفقة تجب بسبب الأجناس، كنفقة القاضي والزوجة، وهو إذا سافر صار محبوسًا به، فتجب مؤنة الراتبة فيه، بخلاف الدواء؛ لأنه من العوارض، وبخلاف الأجير؛ لأنه يستحق البدل بيقين، فلا يتضرر بالاتفاق من ماله، والمضارب لا يستحق إلا الربح، فيمكن أن لا يحصل فيه ربح، فلو لم ينفق منه لتضرر، بخلاف الوكيل والمستبضع؛ لأنهما متبرّعان فيه.

وبخلاف ما إذا كان يعمل في مصره؛ لأنه لم يحتبس بمال المضاربة، فلا تجب له النفقة فيه، وهذا لأنه ساكن بالسكنى الأصلي، ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به، فلم يوجد، فتكون نفقته في ماله، وهو القياس في المضارب المسافر؛ لأنه بمنزلة الوكيل، أو الأجير، أو الشريك، وكل واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به، فكذا هذا، إلا أنا تركناه لما ذكرنا من المعنى، والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره، والفاصل أنه إذا كان في مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح إلى منزله، فهو كمصره؛ لأن أهل السوق يتجرون في السوق، ثم يبيتون في منازلهم، وإن لم يمكنه أن يبيت في منزلة فمؤنته في مال المضاربة؛ لأنه صار محبوسًا به. (الزيلعي)

(٣) قوله: "أخذ [وما بقي يكون بينهما على ما شرط]" أي إذا ربح المضارب أخذ رب المال قدر ما أنفق المضارب من رأس المال، حتى يتم به رأس المال، فإذا استوفى رأس ماله، وفضّل شيء اقتسماه؛ لأن رأس المال أصل، والربح مبني عليه، فلا يسلم لها الفرع، حتى يسلم لرب المال الأصل، وهذا لأن الذي ذهب بالنفقة هالك، والهالك يصرف إلى الربح على ما بيناه. (الزيلعي)

(٤) قوله: "حسب" يعني إذا باع المضارب المتاع الذي أنفق عليه، ضم جميع ما أنفق على المتاع من أجرة الحمل والطراز، وأجرة السمسار، والصباغ، والقصار، ونحو ذلك إلى رأس المال، بأن يقول: عليّ هكذا، ولا يضم ما أنفقه على نفسه في سفره، وتقلباته في المال إلى رأس المال؛ لأنهم لم يتعارفوا صحته إلى رأس المال، أو لا يزيد هو أيضًا في قيمة المتاع، بخلاف الاتفاق على المتاع؛ لأنها

بالماء أي بمال نفسه أي للمضارب أي قد قال رب المال

ولو[١] قصره، أو حمله بماله، وقيل له: اعمل برأيك،

أي المضارب في ما أنفق

فهو[٢] متطوع، وإن صبغه[٣] أحمر، فهو شريك[٤] بما زاد

أي في الثوب المضارب بهذا الخلط

الصبغ[٥] فيه، ولا يضمن.

أي مع المضارب المضارب وهو ثياب الكتان والقطن

معه ألف بالنصف، فاشترى به بزا وباعه بألفين، واشترى

قبل النقد لبائع العبد لصاحبِ العبد وحده آخر

بهما عبداً، فضاعا غرِمَا[٦] ألفا، والمالك[٧] ألفـــا، وربع[٨]

بالزيادة على الثمن صارت في معنى الثمن. (الزيلعي)

(١) قوله: "لو" يعني إذا قال رب المال للمضارب: اعمل برأيك، فاشترى بمال المضاربة كله متاعًا، ثم نقله، أو قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوّعًا؛ لأنه استدانة على رب المال، فلا ينتظمه هذا المقال؛ لأنه إذا كان اشترى بجميع مال المضاربة، ولم يبقَ منه شيء فتقييده على المضاربة لا يكون إلا بالاستدانة على رب المال. (الزيلعي والكشف)

(٢) قوله: "فهو" لأنه ليس مال قائم حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ، وحصة الثوب الأبيض على المضاربة بخلاف القصارة والحمل؛ لأنه ليس بعين مال قائم به، ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع، ولا يضيع إذا ضيع المغصوب، وإنما لا يضمن؛ لأن رب المال قال له: اعمل برأيك، فيملك الخلط، بخلاف ما إذا لم يقل له: إعمل برأيك فإنه لا يكون شريك، بل يضمن، كالغصب، وخص المصنف الحمرة؛ لأن السواد نقصان عند أبي حنيفة رحمه الله، أما سائر الألوان، فمثل الحمرة. (البحر بحذف)

(٣) أي وإن صبغ المضارب الثوب الذي اشتراه بمال المضاربة.

(٤) قوله: "شريك" حتى لو كانت قيمة غير مصبوغ ألفًا، مصبوغًا ألفًا ومائتين، كان الألف للمضاربة، والمائتان للمضارب بدل ماله. (الطائي)

(٥) بدل من فاعل ما زاد.

(٦) قوله: "غرمَا [أي المضارب والمالك]" أي غرمَ المضارب ورب المال ألفًا، ثم غرمَ رب المال وحده ألفًا آخر، فيغرَمُ المضارب خمس مائة. (الزيلعي)

(٧) أي وغرم المالك وهو رب المال وحده أيضًا ألفًا آخر أي في المال إذ الثمن في الحال كله على المضارب؛ لأنه العاقد. (الكشف مع زيادة)

(٨) قوله: "ربع" لأن المال لما صار ألفين ظهر الربح في المال، وهو ألف، فكان بينهما نصفين، فيصيب المضارب منه خمس مائة، فإذا اشترى بالألفين عبدًا، صار العبد مشتركًا بينهما، فربعه للمضارب، وثلاثة أرباعه لرب المال.

وهو ثلاثة الأرباع
العبد للمضارب، وباقيه على المضاربة، ورأس المال ألفان
المضارب في بيع العبد المضارب درهم
وخمسمائة، ويرابح على ألفين، وإن[1] اشترى من المالك بألف
وهو خمس مائة
عبداً، اشتراه بنصفه رابح[2] بنصفه.

أى مع المضارب درهم
معه ألف بالنصف، فاشترى به عبداً قيمته ألفان، فقتل
أى الذى يدفع إلى وليّ المقتول. أى ربع الفداء الباقي
رجلا خطأ، فثلاثة[3] أرباع الفدء على المالك، وربعه على

ثم إذا ضاع الألفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد، فربعه إلى المضارب، وهو خمس مائة وثلاثة أرباعه على رب المال، وهو ألف وخمس مائة، فنصيب المضارب خرج عن المضاربة؛ لأنه صار مضمونًا عليه، ومال المضاربة أمانة، وبينهما تنافٍ، ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها، وهو معنى قوله، وباقيه على المضاربة، يعنى ثلاثة أرباع العبد، ورأس المال هو جميع ما دفع رب المال إلى المضارب، وهو ألفان وخمسمائة؛ لأنه دفع إليه أولا ألفًا وخمس مائة، ولا يبيع العبد مرابحة إلا على ألفين؛ لأنه اشتراه بألفين، وهو معنى قوله: وهو يرابح على ألفين.

ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف، كان للمضارب ربعه، وهو ألف، والباقى للمضاربة، وهو ثلاثة آلاف، فالألفان وخمس مائة منها رأس المال، وخمس مائة ربح بينهما نصفان. (الزيلعى)

(١) قوله: "وإن" أى لو اشترى المضارب من رب المال بألف درهم عبدًا كان اشتراه رب المال بنصف الألف يبيعه المضارب مرابحة على نصف الألف، وهو خمس مائة، ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على الألف؛ لأن بيعه من المضارب، كبيعه من نفسه؛ لأنه وكيله، فيكون بيع ماله بماله، فيكون كالمعدوم، وإن حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به، فلا يجوز بناء المرابحة عليه؛ لأنها مبنية على الأمانة، وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة، فتبتنى على ما اشتراه به رب المال، فيكون المضارب كالوكيل له فى بيعه.

ولو كان بالعكس بأن اشترى المضارب عبدًا بخمس مائة، فباعه من رب المال بألف يبيعه مرابحة، بخمس مائة؛ لأن البيع الجارى بينهما، كالمعدوم لما ذكرنا، فتبتنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب، كأنه اشتراه، وناوله إياه من غير بيع. (الزيلعى)

(٢) يعنى المضارب له أن يبيع مرابحة.

(٣) قوله: "ثلاثة" لأن الفداء مؤنة الملك، وقد كان الملك بينهما أرباعًا؛ لأنه لما صار المال عينًا واحدًا ظهر الربح، وهو ألف بينهما، وألف لرب المال، فإذا فدياه خرج العبد عن المضاربة؛ لأن نصيب المضارب صار مضمونًا عليه، ونصيب رب المال صار بقضاء القاضى بالفداء عليهما، وإذا خرج عنها بالدفع، أو بالفداء يخدمهما على قدر ملكهما، قيد بقوله قيمته ألفًا، فتدبير الجنابة إلى رب المال؛ لأن

المضارب، والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام، والمضارب يومًا

أى مع المضارب درهم وهو الألف أى قبل دفعه إلى البائع

معه(١) ألف، فاشترى به عبدًا، فهلك الثمن قبل النقد، دفع

إلى البائع المالك إليه مع المضارب

المالك ألفًا آخر، ثم(٢) وثم(٣) ورأس المال جميع(٤) ما دفع معه(٥)

الرقبة على ملكه لا ملك للمضارب فيها، فإن اختار رب المال الدفع، واختار المضارب الفداء مع ذلك، فله ذلك؛ لأنه يستبقى الفداء مال المضاربة، وله ذلك؛ لأن الربح يتوهم. (البحر)

(١) قوله: "معه" يعنى إذا كان مع المضارب ألف درهم، فاشترى به عبدًا، وضاع الثمن قبل النقد، رجع على رب المال، فإذا دفع إليه ثانيًا، ثم هلك قبل النقد أيضًا، رجع إليه أيضًا، فهذا يرجع عليه كلما هلك إلى ما يتناهى، ويكون رأس المال جميع ما دفع إليه رب المال، بخلاف الوكيل، حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء لا مرة واحدة.

والفرق أن المال فى يد المضارب يد أمانة، ولا يمكن حمله على الاستيفاء؛ لأن الاستيفاء لا يكون إلا بقبض مضمون، والمضاربة تنافيه على ما بينا، فكل ما قبض يكون أمانة، وإذا هلك كان الهالك على رب المال، وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء؛ لأنه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه البائع، فإذا قبضه صار مستوفيًا لذلك، فصار مضمونًا عليه، فإذا هلك ليس له أن يرجع به على الموكل؛ لأن المستوفى لم يبق له حق بعد الاستيفاء، ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيًا لحقه، فيكون مضمونًا عليه؛ لأن الوكالة لا تنافى الضمان.

ألا ترى أن الغاصب إذا توكل ببيع المغصوب جاز، وهو مضمون، فلا حاجة إلى جعل ما قبضه بعد الشراء أمانة، حتى لو لم يقع استيفاء، بأن دفع إليه الثمن قبل الشراء، ثم اشترى به، ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الأول أمانة؛ لأنه لا يمكن جعله مستوفيًا بقبضه قبل الشراء؛ لأنه لم يجب له عليه شىء حتى يصير مستوفيًا بالقبض، فيكون أمانة فإذا هلك رجع عليه، فيكون مضمونًا عليه.

ثم إذا هلك لا يرجع لما ذكرنا، بخلاف ما إذا لم يدفع إليه الثمن إلا بعد الشراء، حيث لا يرجع أصلا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ثم" أى ثم إذا جهز المالك ألفًا آخر ليدفعه إلى البائع، وهلكت قبل النقد، يدفع إليه ألفًا آخر، وثم كذلك أبدًا إلى ما لا يتناهى. (العينى)

(٣) فيه حذف المعطوف ودخول العاطف على مثله.

(٤) قوله: "جميع" يعنى لا يكون للمضارب شىء من الربح حتى يصل رب المال إلى جميع ما أوصله للمضارب على أنه ثمن، أما إذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لا يرابح إلا على ألف. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "معه" معنى المسألة أن يكون مع المضارب ألفان، فقال لرب المال: دفعت إلى ألفًا، وربحت ألفًا، أو قال رب المال: بل دفعت إليك ألفين، فالقول للمضارب.

وكان أبو حنيفة رحمه الله يقول أولا: القول لرب المال، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن المضارب

(المضارب لرب المال) (إليك) (أنا)
ألفان، فقال: دفعت إليّ ألفًا وربحتُ ألفًا، وقال المالك: دفعتُ ألفين، فالقول للمضارب، (أى مع المضارب) معه ألف (درهم) فقال هو مضاربة بالنصف، وقد ربح ألفا، وقال المالك: بضاعة، (حالية) (أى هو بضاعة) (فجميع الربح لى) فالقول للمالك[1].

يدعى الربح، والشركة فيه، ورب المال ينكر، فالقول قول المنكر، ثم رجع، فقال: القول للمضارب، وهو قول أبى يوسف ومحمد؛ لأن حاصل اختلافهما في المقبوض، فالقول قول القابض فى مقدار المقبوض، أمينًا كان أو ضمينًا، ألا ترى أنه لو أنكر القبض بالكلية، كان القول له، وإذا اختلفا فى رأس المال والربح، بأن قال رب المال رأس المال ألفان، وشرطت لك ثلث الربح، وقال المضارب: رأس المال ألف، وشرطت لى نصف الربح، كان القول للمضارب فى قدر رأس المال؛ لأنه القابض، والقول لرب المال فى مقدار الربح؛ لأنه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية، بأن قال: كان المال فى يده بضاعة، كان القول له، فكذا فى إنكاره الزيادة أيهما، أقام البينة تقبل بينته؛ لأنها مبينة كاسمها. (الزيلعى)

(١) قوله: "للمالك" لأن المضارب يدعى عليه تقوم عمله، أو الشركة فى ماله، أو شرطا من جهته، ورب المال منكر، فكان القول قوله. (الزيلعى)

كتاب(١) الوديعة(٢)

وهذا فى الشرع اسم لما يترك مطلقًا، وفى الشرع هى ما.إلخ
الإيداع تسليط(٣) الغير على حفظ ماله، والوديعة(٤) ما
حتى إذا هلكت فى يده لا يضمن. فى يد المودع. إلا إذا كانت الوديعة بأجر
يترك عند الأمين، وهى أمانة(٥)، فلا يضمن(٦) بالهلاك(٧)،

(١) قوله: "كتاب" الإخفاء فى اشتراكهما مع ما قبلها فى الحكم، وهو الأمانة، ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب، والترقى من الأدنى إلى الأعلى؛ لأن الوديعة أمانة بلا تمليك شىء، وفى العارية أمانة مع تمليك المنفعة، لكن بلا عوض، وفى الهبة تمليك عين بلا عوض، وهى الهبة المحضة التى ليس فيها معنى البيع، وفى الإجارة تمليك منفعة بعوض، وفيه معنى اللزوم، وما كان لازما أقوى كان، وأعلى مما كان ليس بلازم، فكان فى الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى، فأول القطر غيث ثم ينسكب. (المجمع وش)

(٢) وهى فى اللغة: مشتقة من الودع، وهو مطلق الترك، قال عليه الصلاة والسلام: «لينتهينّ أقوام عن ودعهم الجماعات»، أى عن تركها. (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: "تسليط" صريحًا أو دلالة لما قال فى "المحيط" لو انفتق زق رجل، فأخذه رجل، ثم تركه، ولم يكن المالك حاضراً، يضمن؛ لأنه لما أخذه فقد التزم حفظه دلالةً، وإن لم يأخذه ولم يذق منه لا يضمن، وإن كان المالك حاضراً لا يضمن فى الوجهين. (المجمع)

(٤) قوله: "والوديعة" وما فى "العناية": من أنه قد ذكرنا أن الوديعة فى الاصطلاح هو التسيط على الحفظ، وذلك يكون بالعقد، والأمانة أعم من ذلك، فإنها قد تكون بغير عقد، فيه كلام، وهو أن الأمانة مباينة للوديعة بهذا المعنى؛ لأنها أعم منها، لأن التسليط على الحفظ فعل المودع، وهو المعنى، والأمانة عين من الأعيان، فيكونان متباينين، والأولى أن يقول: والوديعة ما تترك عند الأمين، كما فى هذا المختصر. (المجمع)

(٥) قوله: "أمانة" قال الإتقانى: وهذا من قبيل حمل الطعام على الخاص، وهو جائز، كما فى قولك: الإنسان حيوان، ولا يجوز عكسه؛ لأن الوديعة عبارة عن كون الشىء أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصداً، والأمانة قد تكون من غير قصد، كما إذا هبت الريح، وألقت ثوب إنسان فى حجر غيره، يكون ذلك أمانة عنده، ولكن بلا قصد، فعلى هذا قوله: الوديعة أمانة، أى هى غير مضمونة إذا هلكت من غير تعدّ، ثم قال الاتقانى، وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندى فى "خزانة الفقه"، لا ضمان على المودع إلا فى ثلاثة أشياء: التقصير فى الحفظ، وخلطها بماله.

ومنها من مالكها بعد الطلب، ثم قال فيها أربعة نفر، يجوز للمودع دفع الوديعة إليهم، ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والأجير، ثم قال فيها شيئان لا يوجبان الضمان مع الخلاف، إذا قال: لا تدفع إلى زوجتك، فتدفع إليها وتلف، أو قال: احفظها فى هذا البيت، تحفظها فى آخر من

أى بغير من فى عياله

وللمودع[١] أن يحفظها بنفسه وبعياله، فإن حفظها[٢] بغيرهم

بأن وقع حريق فى داره — بأن كان فى السفينة وهب الريح فخاف الغرق

ضمن[٣]، إلا[٤] أن يخاف الحرق أو الغرق، فيسلمها إلى جاره،

تلك الدار . (الشلبى)

(٦) قوله : "فلا يضمن" أى فلا يضمن إن هلكت من غير تعد ؛ لما روى ابن ماجه فى "سننه" عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبى ﷺ قال : «من أودع وديعة فلا ضمان عليه» .

وقال مالك رحمه الله : إذا سرقت الوديعة من عند المودع، ولم يسرق له معها مال، يضمن للتهمة، قلنا : هو متبرع لقوله عليه السلام : ليس على المستودع غير المغل ضمان، والمغل الخائن، والإغلال الخيانة . (شرح النقاية)

(٧) واشتراط الضمان على الأمين باطل به يفتى .

(١) قوله : "وللمودع" أى وللمودع حفظ الوديعة بنفسه وبمن فى عياله من زوجته وولده ووالديه، وأجيره الخاص الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة، وإن نهى عن حفظها بهم .

وقال الشافعى رحمه الله : ليس للمودع أن يدفعها إلى من فى عياله ؛ لأن مالكها رضى بحفظه لا بحفظ غيره، ولنا : أن الواجب عليه أن يحفظها حفظ مال نفسه، وهو يحفظ بعياله ؛ لأن المودع لا يمكنه ملازمة بيته لحفظ الوديعة، ولا استصحابها معه فى خروجه، فلم يكن له بد من حفظها بمن فى عياله .

وفى "الذخيرة" : الدفع إلى من فى العيال إنما يجوز إذا كان أمينًا، ولو دفعها المودع إلى أمين من أمناءه ليس فى عياله، يجوز، وعليه الفتوى، وتفسير من فى عياله أن يسكن معه، سواء كان فى نفقته أو لم يكن، والعبرة فى هذا للمساكنة إلا فى حق الزوجة والولد الصغير والعبد، لكن يشترط فى الولد الصغير أن يقدر على الحفظ، فعلى هذا التفسير ينبغى أن لا يضمن بالدفع إلى أجنبى يسكن معه . (شرح النقاية مع أدنى تغيّر وحذف والطحطاوى)

(٢) قوله : "حفظها" أفاد بإطلاق الحفظ أنه لا يضمن، سواء كان الحفظ بدون الإيداع أو به، أما الأول فمثل أن يخرج من بيته، ويترك الوديعة فيه، ولم يكن ثمة من يجوز دفع الوديعة إليه، وأما الثانى فكما يخرج الوديعة من بيته، فيعطيه لشخص. (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) المودع أو ذلك الغير ؛ لأن صاحبها لم يرض بيد غير، والأيدى تختلف فى الأمانة .

(٤) قوله : "إلا" أى لا يضمن فى هاتين الصورتين : الأولى : كانت الوديعة فى داره، فوقعت النار فى داره، فخاف أن تحرق الوديعة، فسلمها إلى بعض جيرانه .

أو كانت فى السفينة، فمال بها الأمواج، فخاف أن تغرق الوديعة، فسلمها إلى ذلك آخر ؛ لأن التسليم إلى جاره أو الإلقاء فى سفينة أخرى عند إحاطة النار بداره، وعند تحفظ السفينة تعين حفظًا، فلا يضمن به، ولا يصدق على ذلك إلا ببينة ؛ لأن تسليم الوديعة إلى غيره موجب للضمان، ودعوى ضرورة دعوى مسقط له، فلا يقبل إلا ببينة، كما إذا تلفها بالصرف فى حاجته بإذن أهلها . (الزيلعى)

أى صاحبها أى صاحب الوديعة — أى حال كون المودع قادرًا...إلخ

أو فلك آخر، فإن طلب ربها فحبسها عن ربها قادرا على تسليمها، أو خلطها بماله حتى لا يتميز(١) ضمنها(٢)، فإن(٣) اختلط بلا فعله اشتركا.

في المخلوط

المودع أى بعض الوديعة. أى مثل ما أنفق خلطًا يتميّز معه

ولو أنفق بعضها فردّ مثله، فخلطه بالباقى ضمن(٤) الكلّ، وإن تعدّى(٥) فيها، ثم أزال التعدى، زال الضمان بخلاف(٦)

أى فى الوديعة. وردها إلى يده على ما كان. الواجب بالتعدى

---

(١) كالحنطة بالحنطة، أو تعسّر التمييز، كالحنطة بالشعير، وكخلط المائع بغير جنسه، مثل خلط الزيت بالشير.

(٢) قوله: "ضمنها" لأنه متعد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها، إذ لا يرضى بإمساكها بعد، فيكون معزولا، فصار يده عليها كيد الغاصب، فيضمن، وكذا بالخلط، فصار مستهلكًا متعديًا، إذ لا يمكنه الوصول إلى عين حقه بسبب فعله، فيجب عليه الضمان، ويملك المخلوط، ولا سبيل للمودع فى المخلوط عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقال: إذا خلطها بجنسها شركه إن شاء، وقيّد الخلط بعدم التمييز؛ لأنه لو خلطها وكان يتيسر تميزه، كما لو خلط الدراهم البيض بالسود، والدراهم بالدنانير، والجوز باللوز، لم ينقطع حق المالك بالاتفاق؛ لتمكنه من الوصول إلى عين ملكه بالإخراج. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "فإن" أى وإن اختلط الوديعة بمال المودع بلا فعله، كما لو انشق الكيس فى صندوقه، فاختلطت بدراهمه، اشتركا بقدر ملكهما، ولا يضمن المودع، لعدم الصنع منه، وهذه شركة إملاك، حتى لو هلك بعضها هلك من مالهما، ويقسم الباقى بينهما على قدر ما كان لكل منهما. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "ضمن" قال فى "البحر": ضمن الكل البعض بالإنفاق، والبعض بالخلط؛ لأنه متعدّ بالإنفاق منها، وما رده باقٍ على ملكه -انتهى-. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "وإن تعدى أى فى الوديعة، بأن كانت دابة فركبها، أو ثوبًا فلبسه، أو عبدًا فاستخدمه، أو أودعها غيره، ثم أزال التعدى فردها إلى يده، برئ عن الضمان؛ لأنه مأمور بالحفظ فى كل الأوقات، فإذا خالف فى البعض، ثم رجع أتى بالمأمور به، كما إذا استأجره للحفظ شهرًا، فترك الحفظ فى بعضه، ثم حفظ فى الباقى، استحق الأجرة بقدره، وقد قدمنا فى باب الجنايات على الإحرام عن الظهرية أنه يزول الضمان عنه بشرط أنه لا يعزم على العود إلى التعدى حتى لو نزع ثوب الوديعة ليلا، ومن عزمه أن يلبس نهارًا ثوب الوديعة، ثم سرق ليلا لا يبرأ عن الضمان -فراجعه-. (البحر)

(٦) قوله: "بخلاف" فإنهما إذا تعديا، ثم أزالاه، لا يزول الضمان؛ لأن البراءة عنه إنما تكون

حيث لا يزول ضمانها بإزالة التعدي — أي إنكاره لها — أي للمودع

المستعير والمستأجر وإقراره بعد جحوده، وله[١] أن

من صاحب الوديعة

يسافر بها عند عدم النهي والخوف[٢].

أي لو أودع رجلان. — مثليًا أو قيميًا — بفتح الدال — أي إلى أحد الاثنين — أي نصيبه

ولو[٣] أودعا شيئًا لم يدفع المودع إلى أحدهما حظه حتى

بالإعادة إلى يد المالك حقيقةً أو تقديرًا، ويدهما لهما؛ لأنهما عاملان لأنفسهما، بخلاف المودع، فإن يده كيد المالك، وبخلاف إقراره بعد جحوده، يعني أن المودع إذا جحد الوديعة، بأن قال: لم يودعني عند مالكها بعد طلب ردها، ونقلها من مكانها وقت الإنكار، وكانت منقولا، ولم يكن هناك من يخاف منه عليها، ولم يحضرها بعد الجحود لمالكها، ثم أقر بها، لا يزول الضمان؛ لأن الجحود رفع للعقد، فيفسخ به العقد، فلا يعود إلا بعقد جديد، كجحود الوكيل الوكالة، وجحود أحد المتبايعين البيع.

قيّدنا بكونه أنكر الإيداع؛ لأن المودع لو ادعى أن الماك وهبها منه، أو باعها له، وأنكر صاحبها، ثم هلكت، لا ضمان على المودع، كذا في "الخلاصة".

وقيدنا بكون الإنكار عند المالك؛ لأن جحودها عند غيره لا يوجب الضمان، وقيدنا بكونه بعد الطلب؛ لأنه لو قال له: ما حال وديعتي عندك ليشكر على حفظها فجحدها، لا ضمان عليه.

وقيدنا بكونه نقلها؛ لأنه لو لم ينقلها من مكانها حال جحوده، فهلكت لا ضمان عليه، كذا في "الخلاصة" عن "الأجناس": وقيدنا بكونه منقولا؛ لأنها لو كانت عقارًا لا يضمن بالجحود عند أبي حنيفة وأبي يوسف، خلافًا لمحمد في الأصح، ذكره الشارح في الغصب، وقيدنا بكونه لم يكن من يخاف عليها منه؛ لأنه لو جحدها في وجه عدو يخاف عليها التلف إن أقر، ثم هلكت لا يضمنها؛ لأنه إنما أراد حفظها، وقيدنا بكونه لم يحضرها؛ لأنه لو جحدها ثم أحضرها فقال له صاحبها: دعها وديعة عندك، فهلكت، فإن أمكنه أخذها، فلم يأخذها، لم يضمن؛ لأنه إيداع جديد، وإن لم يمكن أخذها، ضمن؛ لأنه لم يتم الرد. (بحر بقدر الحاجة)

(١) قوله: "وله" أي للمودع أن يسافر بالوديعة إذا لم ينهَ المودع، ولم يخف عليها بالإخراج؛ لأن الأمر مطلق، فلا يتقيد بالمكان، كما لا يتقيد بالزمان قيد بعدم النهي؛ لأنه لو نهاه عن السفر، ليس له ذلك، وقيد بعدم الخوف لأن الطريق لو كان مخوفًا، وله بد من السفر، كان ضامنًا، وكذا الأب والوصي.

وإن لم يكن له بد منه إن سافر بأهله، لا يضمن، وإن سافر بنفسه يكون ضامنًا، كذا في "فتاوى قاضي خان"، ومن الخوف السفر في البحر؛ لأن الغالب فيه العطب، كذا في "الاختيار"، وأطلق المصنف، فشمل ماله حمل ومؤنة، طال الخروج أو قصر، وهو قول الإمام. (البحر)

(٢) أي وعند الخوف عليها بالإخراج.

(٣) قوله: "ولو" أي لو أودع رجلان شيئًا عند رجل، فحضر أحدهما يطلب نصيبه، لم يدفع إليه حتى يحضر الآخر، وهذا عند أبي حنيفة، وهو مروي عن علي رضي الله عنه، وقالا: له ذلك، والخلاف في ذوات الأمثال، وفي غيره ليس له ذلك بالإجماع.

كالدراهم والدنانير أى المودعان

يحضر الآخر، وإن أودع رجلٌ عند رجلين مما يقتسم اقتسماه،

أي كل واحد منهما أحدهما ما فى يده ح

وحفظ كلٌ نصفه، ولو دفع إلى الآخر ضمن(١) بخلاف ما لا

فإنه لا يضمن بالدفع إلى الآخر. المودع الوديعة أى أو قال: احفظ الوديعة

يقسم، ولو(٢) قال له: لا تدفع إلى عيالك، أو احفظ فى هذا

البيت، فدفعها إلى من لا بد له منه، أو حفظها فى بيت آخر

لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة، فيؤمر بالدفع إليه، كما فى الدين المشترك، وهذا لأنه يطالبه بتسليم ما يسلم إليه، وهو النصف، وهو له، ولهذا كان له أن يأخذ إذا ظفر به، فكذا يؤمر المودع بالتسليم إليه.

ولأبى حنيفة ما روينا عن على رضى الله عنه؛ ولأن المودع لا يملك القسمة بينهما، ولهذا لو دفع إليه نصفه لا يكون قسمة بالإجماع حتى إذا هلك الباقى، رجع صاحبه على الأخذ بحصته بالإجماع، فإذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب إليه، لعدم إذنه بذلك، فيكون متعديا بالدفع، فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك؛ لأنه لا يطالبه بتسليم حقه؛ لأن الديون تقضى بأمثالها، وأخذه الشريك عند الظفر به، لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع.

ألا ترى أن رجلا إذا كان له على إنسان ألف درهم دين، وللمديون ألف درهم وديعة عند آخر، فلغريمه أن يأخذ الوديعة إذا ظفر بها، وليس للمودع أن يدفع إليه، ولا يؤمر بذلك.

وروى أن رجلين دخلا الحمام، وأودعا عند الحمامى ألفًا، فخرج أحدهما، فطلبه منه، فأعطاه، ثم خرج الآخر، وطالبه، فتحير الحمامى، وذهب إلى أبى حنيفة رحمه الله، فقال له: قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع. (الزيلعى)

(١) قوله: ضمن" وهذا عند أبى حنيفة، وكذلك الجواب فى المرتهنين والوكيلين بالشراء إذا أسلم أحدهما إلى الآخر، وقالا: لأحدهما أن يحفظ بإذن الآخر فى الوجهين؛ لأن المودع رضى بأمانتها، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر، ولا يضمن، كما فيما لا يقسم.

ولأبى حنيفة رحمه الله: وهو قياس أن المالك رضى بحفظهما لا بحفظ أحدهما، ورضاه بأمانة الاثنين لا يكون رضا بأمانة الواحد، وهذا لأن الأصل إن فعل الاثنين إذا أضيف إلى ما يقبل الوصف بالتجزئ يتناول البعض لا الكل، فإذا سلم الكل إلى الآخر، ولم يرضَ المالك به، ضمن، ولا يضمن القابض؛ لأن مودع المودع لا يضمن عنده، أما فيما لا يقسم، فالمالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل؛ لأنه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه إناء الليل والنهار، وأمكنهما المهايأة صار راضيًا بحفظ كل واحد منهما بجميعه على الانفراد. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولو" أى المودع، قال ذلك للمودع، فخالفه فى ذلك، لا يضمن؛ لأنه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه، فلم يكن مفيدًا فيلغو، وأشار إلى أنه لابد أن تكون الوديعة مما تحفظ فى يد من منعه حتى لو كانت فرسًا، فمنعه من دفعها إلى امرأته، أو عقد جوهر، فمنعه من دفعه إلى غلامه،

من الدار[١]، لم يضمن، وإن كان[٢] (الدافع) له (أى للمودع) منه بد[٣]، وحفظها فى دار أخرى ضمن (أى لا يضمن)، ومودَع[٤] (بفتح الدال) الغاصب ضامن لا مودع المودَع (بفتح الدال).

معه ألف ادّعى رجلان (أى الرجل) كل (أى كل واحد منهما ادعى أنه...إلخ) أنه له أودعه إياه، فنكل (الرجل) لهما[٥]، (الذى مع الرجل.) فالألف[٦] لهما، وعليه (أى على الرجل الذى معه الألف.) ألف آخر بينهما (أى بين الرجلين).

فدفع ضمن، وإلى أن بيوت الدار لابد أن تكون مستوية فى الحفظ، حتى لو منعه من وضعها فى بيت فيه خلل، فوضعها فيه، ضمن، وكذا إذا كان ظهر البيت على السكة. (البحر والزيلعى)

(١) التى تشتمل على البيت الذى عيّنه وعلى غيره.

(٢) قوله: "وإن كان" أى إن كان له بد من دفع الوديعة إلى من نهاه عن دفعها إليه، بأن نهاه أن يدفعها إلى امرأة فلانة، وله أمرأة أخرى، أو نهاه أن يسلمها إلى غلامه فلان، وله غلام آخر فخالفه، أو قال: لو احفظها فى هذا البيت، أو فى هذه الدار فحفظها فى دار أخرى ضمن؛ لأن الناس يختلفون فى الأمانة والكياسة، ومعرفة طرق الصيانة عما يوجب شيئًا فى الدين، إذ هى الحاملة على الحفظ كما ينبغى، وكذا الدور تختلف فى الحرز، فكان هذا الشرط مفيدًا، فيعتبر إذا كان لا يحرج بالوفاء بالشرط، وذلك عند وجود من ذكرناه، وإلا فلا. (الزيلعى)

(٣) أى من دفعها إلى من نهاه عن دفعها إليه.

(٤) قوله: "ومودع" أى إذا غصب رجل شيئًا وأودعه عند أحد، فضاعت الوديعة، يضمن المودع.

ولو أودع رجل عند رجل من غير عياله شيئًا، فضاعت الوديعة لا يضمن، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: له أن يضمن أيهما شاء، لكن الأول لا يرجع على الأخير إن ضمن، والأخير يرجع على الأول إن ضمن، وله أن الثانى قبض من يد أمين؛ لأنه لا يضمن بالدفع ما لم يفارقه، فإذا فارقه فقد ترك، أى الأول الحفظ الملتزم، فيضمنه بذلك، وأما الثانى فباق على الحالة الأولى، ولم يوجد منه منع، فلا يضمنه، كما إذا ألقت الريح ثوبًا فى حجره، بخلاف مودع الغاصب؛ لأن الغاصب متعدّ بمجرد الدفع، ومودعه بمجرد الأخذ. (عز والكشف)

(٥) أى للرجلين بعد استحلافه.

(٦) قوله: "فالألف" أى إذا كان فى يد رجل ألف، فادعاها رجلان كل واحد منهما أنها له، أودعها إياه، يحلف لهما؛ لأن دعوتهما صحيحة، فتجب عليه اليمين لهما، فإن حلف لهما فلا شىء لهما عليه لعدم الحجة، وإن حلف لأحدهما، ونكل لآخر، قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة فى حقه دون الآخر، وإن نكل لهما قضى بينهما لعدم الأولوية، ثم يجب عليه ألف أخرى

كتاب العارية[1]

هذا تعريفها شرعًا — أى بقول المعير: أعرتك

وهى تمليك المنفعة بلا عوض[2]، وتصح[3] بأعرتك

لإقراره لهما، وللقاضى أن يبدأ بأيهما شاء بالتحليف، والأولى القرعة، وفى التحليف للثانى يقول: بالله ما هذه العين له، ولا قيمتها؛ لأنه لما أقر بها للأول ثبت الحق فيها له، فلا يفيد إقراره بها للثانى، فلو اقتصر على الأول لكان صادقًا. (الزيلعى والمجمع)

(١) قوله: "العارية" وهى بالتشديد كأنها منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب، كذا فى "المصباح"، وفى "المغرب": أنها منسوبة إلى العارة اسم من الإعارة، وأخذها من العار بمعنى العيب خطأ، فإن العار يائى، والعارية واوية على ما صرحوا أنفسهم به. (المجمع)

وفى "النهاية": أن ما فى "المغرب": هو المعول عليه؛ لأن ﷺ باشر الاستعارة، فلو كان العار فى طلبها لما باشرها. . . اهـ، وفى "المبسوط": أنها مشتقة من التعادر، وهو التناوب، فكأنه يجعل للغير نوبة ولنفسه نوبة. (المجمع والبحر)

قال فى "شرح النقاية": هى لغة بالتشديد وتخفف منسوبة إلى العار؛ لأن طلبها عار وعيب على أن أصل العار العود.

(٢) قوله: "بلا عوض" فخرج تمليك العين، كالبيع والهبة، وتمليك النفع بعوض، كالإجارة، وقال الكرخى: هى إباحة الانتفاع لا تمليك المنفعة، وهو قول الشافعى وأحمد؛ لأن المستعير لا يملك الإجارة من غيره، ومن ملك شيئًا ملك تمليكه من غيره بعوض.

ولنا أن المستعير إنما لا يملك الإجرة لما فيها من الضرر بالمعير؛ لأنه ملك المستعير المنافع على وجه يتمكن من الاسترداد متى شاء، فلو ملك المستعير الإجارة، لم يتمكن المعير من ذلك. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وتصح" أى تصح العارية بهذه الألفاظ، أما قوله: أعرتك فلأنه صريح حقيقة، وأما قوله: أطعمتك أرضى، فلأنه مجاز؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل عينه، يراد به ما يستغل منه مجازًا؛ لأنه محله، وأما قوله: منحتك ثوبى وحملتك على دابتى، فلأن كلا من منحت وحملت حقيقة فى كل من تمليك المنفعة وتمليك العين، فيحمل عند عدم النية على الأولى، وهو العارية؛ لأنه متيقن، وهذا إذا لم يرد بالمذكور من منحتك وحملتك هبة، وأما قوله: أخدمتك عبدى فلأنه أذن فى الاستخدام.

وأما قوله: دارى لك. . . إلخ فلأن لفظة السكنى محكم فى المنفعة، فيحمل اللام فى لك على تمليك المنافع؛ لأنه محتملها، ولأن دارى مبتدأ ذلك خبره، وسكنى تميز عن النسبة إلى المخاطب، وأما قوله: دارى لك عمرى. . . إلخ، فلأنه يقال: عمره الدار، أى قال له: هى لك مدة عمرك، والعمرى اسم منه، فيصير معناه: جعلت سكناها لك مدة عمرك (عز)

وأطعمتك أرضى، ومنحتك ثوبى، وحملتُك على دابتى، (أى غلتها) (أى أعطيتك)

وأخدَمتك عبدى، ودارى لك سكنى، ودارى لك عمرى (أى جعلت سكناها لك مدة عمرك)

سُكنى، ويرجع (عن العارية) [1] المعير (العارية) متى شاء، ولو هلكت بلا تعد (من المستعير) لم

يضمن [2]، ولا تؤجر [3]، ولا ترهن [4] كالوديعة، فإن أجر (المستعير المستعار)

---

(١) قوله: "ويرجع" سواء كانت العارية مطلقة، أو موقتة؛ لأن المنافع تحدث شيئًا فشيئًا، وثبوت الملك فيها يجب حدوثها، فالرجوع بالنسبة إلى المنافع التى لم تحدث، فيكون امتناعًا عن تمليكها، وله ولاية ذلك. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "لم يضمن" وبه قال مالك والثورى والأوزاعى، وروى عن على وابن مسعود والحسن والنخعى والشعبى وعمر بن عبد العزيز وشريح، وقال الشافعى رحمه الله: إن هلكت من الاستعمال المعتاد لا يضمن، وإن هلكت من غيره يضمن.

وحاصل الخلاف أن العارية أمانة مطلقًا عندنا، لا وقت استعمالها فقط، كما قاله الشافعى رحمه الله، وهو قول ابن عباس وأبى هريرة وعطاء وإسحاق؛ لقوله عليه السلام: «أدّ الأمانة إلى من ائتمنك ولا تخن من خانك»، رواه الترمذى، وقال: حديث حسن غريب.

وقوله عليه السلام: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، رواه ابن أبى شيبة، ولما روى أبو داود والنسائى عن صفوان بن أمية: "أن النبى ﷺ استعار منه درعًا يوم حنين، فقال: أغصب يا محمد، قال: بل عارية مضمونة".

ولنا ما روى أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن عن أبى أمامة قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه، فلا وصية لوارث إلى أن قال: العارية مؤداة، والمنحة مردودة.

وما فى "مصنف عبد الرزاق": عن عمر بن الخطاب قال: العارية بمنزلة الوديعة لا ضمان فيها إلا أن يتعدى، وعن على: ليس على صاحب العارية ضمان.

الحديثان اللذان رواهما أولا، إنما يقتضيان وجوب رد العين، ولا كلام فيه، وإنما الكلام فى وجوب ضمان القيمة بعد هلاكها، وما رووه من حديث صفوان معارض بما روى أحمد فى مسنده والحاكم فى مستدركه وسكت عليه، وابن حبان عن ابن عباس: "أن رسول الله ﷺ استعار عن صفوان بن أمية دروعًا وسلاحا فى غزوة حنين، فقال: يا رسول الله أعارية مؤداة، قال: نعم عارية مؤداة".

ويجاب عنه بأنه عليه السلام أخذ دروع صفوان بغير رضاه، ولذا قال: أغصب يا محمد؟ لأنه ﷺ كان محتاجًا إلى السلاح، وكان الأخذ له جلالا، ولكن يشترط الضمان، كأخذ طعام الغير فى حال المخمصة.

وقيل: المراد ضمان الرد بدليل قوله عليه السلام: «إذا أتتك رسلى فأعطهم ثلاثين بعيرًا وثلاثين

أى فهلكت المستعير المستعار المستعير العارية أى باختلاف المستعمل
فعطبت ضمن(١)، ويعير(٢) ما لا(٣) يختلف بالمستعمل، فلو
المعير العارية المستعير
قيّدها بوقت(٤) ومنفعة(٥) أو بهما لا يجاوز(٦) عما سمّاه.

درعًا»، قال: فقلت يا رسول الله! أعارية مضمونة، أو عارية مؤداة، قال: بل مؤداة، رواه أبو داود والنسائى وابن حبان فى صحيحه، وقيل: كان هذا منه عليه السلام اشتراطا للضمان على نفسه.

وعندنا المستعير لا يضمن بالشرط، ولكن صفوان كان يومئذ حربيًا، ويجوز بين المسلم والحربى من الشرائط ما لا يجوز بين المسلمين، وقيل: المستعير وإن كان لا يضمن لكن يضمن بالشرط، كالمودع على ما ذكره فى "المنتقى".

وقيل: إنما كان ذلك تطييبًا لقلب صفوان على ما روى: "أنه هلك بعض تلك الدروع، فقال ﷺ: إن شئت غرمناها لك، فقال: لا، فإنما اليوم أرغب فى الإسلام مما كنت يومئذ"، ولو كان الضمان واجبًا لأمره بالاستيفاء أو الإبراء. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "ولا تؤجر" لأن الإعارة دون الإجارة؛ لأنها معاوضة بخلاف العارية، والشىء لا يتضمن ما فوقه؛ ولأن الإجارة أقوى؛ لأنها لازمة، فلو ملكها لزم لزوم مالا يلزم، وهو العارية، أو عدم لزوم ما يلزم، وهو الإجارة (كشف وبحر)

(٤) قوله: "ولا ترهن" لأن الرهن إيفاء، وليس له إيفاء دينه بمال غيره؛ ولأن الرهن عقد لازم، فصار كالإجارة. (الكشف)

(١) المستعير؛ لأنه إذا لم يتناوله العارية كان غصبًا.

(٢) قوله: "ويعير" أى يعير المستعير العارية إذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل، وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه: ليس له أن يعير؛ لأن العارية إباحة المنافع عنده، والمباح له ليس له أن يبيح لغيره، وعندنا لما كانت تمليك المنافع، جاز أن يعير؛ لأن المالك يملك أن يملك، كالمستأجر يملك أن يؤجر، وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير، وهذا إذا صدرت مطلقة، وإن كانت مقيدة بشىء تتقيد به، وهى المسألة التى تلى هذه المسألة على ما يجىء تفصيله. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ما لا يختلف" قيد بما لا يختلف، وهو الحمل، والاستخدام والسكنى؛ لأن ما يختلف ليس له فيه أن يعير كاللبس والركوب. (البحر)

(٤) معين بشهر أو جمعة مثلا.

(٥) أى أو قيّدها بمنفعة بأن شرط هو بنفسه أو فلان معينًا.

(٦) قوله: "لا يجاوز" لأنه يتصرف فى ملك الغير، فلا يملك إلا على الوجه الذى أذن له فيه من تقييد أو إطلاق، ثم لا يخلو إما أن تكون مطلقة، أو تكون مقيدة بالزمان، أو بالانتفاع أو بهما، فإن كانت مطلقة، كمن استعار دابته للركوب، أو ثوبًا للبس، ولم يسمّ شيئًا، كان له أن يلبس ويركب بنفسه، وله أن يعير ما لم يلبس هو، ولم يركب، فإذا ألبس غيره، أو أركبه، فليس له أن يركب بنفسه

المعير من الوقت، أو المنفعة، أو منهما بالعارية
وإن أطلق له أن ينتفع أى نوع فى أى وقت شاء، وعارية
مثل الحنطة والشعير مثل العسل والزيت رجل
الثمنين[١] والمكيلى والموزون والمعدود قرض[٢]، وإن أعار أرضًا
أى غرس الشجر الإعارة أى للمعير من العارية
للبناء، أو للغرس صح[٣]، وله أن يرجع ويُكلف[٤] قلعهما،

بعد ذلك فى الصحيح ؛ لأنه تعين بالفعل ، فيكون خلافه تعديًا ، ذكره فى "الكافى" .

وقال : سواء كان المستعار شيئًا يتفاوت الناس فى الانتفاع به ، كاللبس فى الثوب والركوب فى الدابة ، فجعله كالإجارة ، فعلى هذا ينبغى أن يحمل هذا الإطلاق الذى ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل ، كاللبس والركوب والزراعة على ما إذا قال : علىّ أن أركب عليها من أشاء ، أو ألبس الثوب من أشاء ، كما حمل الإطلاق الذى ذكر فى الإجارة على هذا .

وإن كانت الإعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت ، بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه ، أو غيره معينًا ، لا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد بما يختلف باختلاف المستعمل ، كالركوب وأخواته ، وللمسمّى أن يفعل فى أى وقت شاء .

وإن كان لا يختلف كالسكنى والحمل ، جاز أن يفعل بنفسه وبغيره فى أى وقت شاء ؛ لأن التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يقيد ، وإن كانت مقيدة بالوقت ، تقيدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها إلا فى الوقت المعين ، ومن حيث الانتفاع ، فهى باقية على إطلاقها ، فيجوز له مطلقًا فيما يختلف بالمستعمل ، وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة فى المطلق عن الانتفاع والوقت ، وإن كانت مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان ، وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستمل ، وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة على ما بيّنا فى المقيد بالانتفاع . (الزيلعى)

(١) قوله : "الثمنين [أى الدراهم والدنانير]" ومراده أن إعارة ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء العين قرض ، ولو كان قيميًا ، حتى لو قال : أعرتك هذه القصعة من الثريد ، فأخذها وأكلها ، فعليه مثله أو قيمته ، وكان قرضًا إلا إذا كان بينهما مباسطة ، فيكون ذلك دلالة الإباحة ، قيّدنا بكونه لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه ؛ لأنه لو أمكن بأن استعار درهمًا ليعاير به ميزانه كان عارية ، فليس له الانتفاع بعينه كعارية الحلى . (البحر بحذف)

(٢) قوله : "قرض" أن الإعارة تمليك المنافع ، ولا يمكن الانتفاع بها إلا باستهلاك عينها ، فاقتضى تمليك العين ضرورة ، وذلك بالهبة ، أو القرض ، والقرض أدناهما ؛ لأنه أقل ضرر على المعطى ، فيثبت . (الكشف بتصرّف)

(٣) قوله : "صح" لأن منفعتها معلومة ، ويجوز الانتفاع بها شرعًا ، وإيجارها ، فكذا إعارتها ، بل أولى لكونها تبرعًا . (الزيلعى)

(٤) قوله : "ويكلف" أى ويجبر المستعير على القلع إلا إذا كان فيه مضرة بالأرض ، فإن كان يترك بقيمته مقلوعًا ، وأما وجه التكليف فلأنه شاغل لأرض غيره . (الكشف مع تغيّر)

رب الأرض للمستعير للعارية وقتًا المعير وقتًا معيّنًا أى قبل الوقت الذى عيّنه
ولا[١] يضمن إن لم يوقت، وإن وقّت ورجع قبله ضمن[٢]
أى الأرض الأرض منه الزرع استحسانًا
ما نقص بالقلع، وإن أعارها ليزرعها لا تؤخذ[٣]، حتى يحصد
وقّت أى أو لم يوقت أى رد العارية
وقّت أو لا، ومؤنة الرد على[٤] المستعير، والمودع، والمؤجر

---

(١) قوله: "ولا" أى لا ضمان على المعير إذا رجع إن لم يوقت لها وقتًا؛ لأنها غير لازمة ولا يغتره. (البحر)

(٢) قوله: "ضمن" أى وضمن المعير للمستعير ما نقص البناء والغرس بالقلع، بأن يقوم قائمًا غير مقلوع؛ لأن القلع غير مستحق قبل الوقت، ذكره فى "شرح الكنز"، والمعنى بكم يشتريان بشرط قيامهما إلى المدة المضروبة.

وفى "القدورى": إذا كانت قيمتها وقت مضى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلا، وحين قلعهما ثمانية يرجع بدينارين، وفى "المبسوط": يتملكها به إلا أن يرفعهما المستعير، ولا يضمن قيمتها فله ذلك؛ لأنه ملكه إن وقتها المعير الإعارة، ورجع قبله، قال زفر: لا يضمن لأن التوقيت والإطلاق فيها سواء لبطلان التأجيل فى العوارى.

ولنا أن المعير بالتوقيت غارٌّ للمستعير؛ لأنه نص على الترك الأرض فى يده، وقرار بناءه وغرسه فيها المدة التى سماها، وللمغرور أن يدفع الضرر عن نفسه بالرجوع على الغار. (شرح النقاية)

(٣) لأن له نهاية معلومة، وفى الترك بالأجر مراعاة لحقين.

(٤) قوله: "على" لأن المنفعة حصلت لهم، والأصل أن مؤنة الرد تجب على من وقع القبض له، أما المستعير فلأنه قبضه لمنفعة نفسه، والرد واجب عليه، ولهذا لو كانت العارية موقتة فأمسكها بعد مضى الوقت، لم يردها حتى هلكت ضمن، بخلاف المستأجر، فإذا وجب عليه الر دكانت مؤنة عليه؛ لأن الخراج بالضمان، والغرم بالغنم.

وأما المستأجر فلأن العين المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك؛ لأن الأجر سلم له به، ولا يجب على المستأجر ردها، وإنما يجب عليه التمكين والتخلية، فلا يكون عليه مؤنة الرد.

ولا يقال: قبضه كان لمنفعة نفسه، فوجب أن تكون المؤنة عليه؟ لأنا نقول: إن ما حصل له منفعة، وهى عرض يفنى، وما حصل للمؤجر عين تبقى، فكان هو بالوجوب أولى.

وأما الوديعة فلأن منفعة القبض حاصلة له؛ لأنه لحفظ العين، وأما المغصوبة فلأن الغاصب يجب عليه فسخ فعله، وذلك بردها، وإعادتها إلى يد مالكها كما كانت؛ لأنه هو الذى أزال يده متعدية، ففى ردها براءة ذمته، فيكون عليه مؤنة ردها دفعًا للضرر عن المالك، وأما الدين فلأن قبضه قبض استيفاء، فكان قابضًا لنفسه. (الزيلعى)

والغاصب والمرتهن، وإن رد المستعير الدابة[١] إلى إصطبل مالكها، أو العبد إلى دار المالك، برئ، بخلاف[٢] المغصوب والوديعة، وإن ردّ المستعير الدابة مع عبده، أو أجيره مشاهرة[٣] (أو مسانهة)، أو مع عبد رب الدابة أو أجبره برئ[٤] (من الضمان إذا هلكت)، بخلاف[٥] (حيث يضمن) الأجنبي[٦]، ويكتب[٧] المعار إنك أطعمتني أرضك.

(١) قوله: "الدابة" أي إذا أعار رجل دابة، ثم ردها إلى إصطبل مالكها برئ عن الضمان استحسانًا، لا قياسًا؛ لأن رد العوارى إلى دار المالك معتاد، كالة البيت تعار، ثم ترد إلى الدار، ولو ردها إلى المالك، كان المالك يردها إلى المربط. (الكشف مع زيادة)

(٢) قوله: "بخلاف" فإن الغاصب والمودع لا يبرئان إلا بتسليم العين المغصوبة، والوديعة إلى المالك، أما الغاصب فلأن الواجب على الغاصب أن يفسخ فعله، وذلك مقتصر على الرد إلى يد المالك لا غير. وأما المودع فلأن المالك لا يرضى بردها إلى الدار، ولا إلى عياله، وإلا لما أودعها إياه، بخلاف العوارى؛ لأن فيها عرفًا، حتى لو كانت العارية عقد جوهر لم يردها إلا إلى المعير لعدم العرف فيه إلا هكذا. (عز)

(٣) احتراز عن الميادمة لأنه لا يكون في عياله.

(٤) قوله: "برئ" والقياس أن لا يبرأ إلا بالتسليم والإيصال إلى يد صاحبها، ووجهه ما بينا، ووجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ ودابه بسائسه، والدفع إليه كالدفع إلى صاحبها عادة، وهو لو دفعها إلى المالك لدفعها هو إلى السائس، وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كمامر في الوديعة، فيكتفي بالتسليم فيه إلى السائس، أو من السائس إلى المالك، بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع إلى سائس المالك لعدم العرف بالتسليم إليه. (الزيلعي)

(٥) قوله: "بخلاف" يعني بخلاف ما إذا ردها مع الأجنبي فإنه يضمن؛ لأنه متعدّ في يد الأجنبي، وهذا يشهد لمن قال من المشايخ: إن للمستعير ليس له أن يودع، وعلى المختار أن هذه المسألة محمولة على ما إذا كانت العارية موقتة، فمضت مدتها، ثم بعثها مع الأجنبي؛ لأنه بإمساكها بعد مضى المدة يصير متعديًا، حتى إذا هلكت في يده ضمن، فكذا إذا تركها في يد الأجنبي. (الزيلعي)

(٦) قوله: "الأجنبي" الظاهر أنه أراد بالأجنبي من لم يكن واحدًا من الأربعة المذكورة، فدخل الوكيل بالرد والرسول به في الأجنبي. (الكشف)

(٧) قوله: "ويكتب" أي إذا استعار أرضًا بيضاء للزراعة، يكتب المستعير أنك أطعمتني أرضك، وهذا عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه، وقال: يكتب أنك أعرتني لأن الإعارة هي الموضوعة لهذا

العارية كالمفرد والهبة كالمركب، لأن فيها تمليك العين مع المنفعة

كتاب الهبة[١]

من الواهب

هى تمليك العين[٢] بلا عوض[٣]، وتصح[٤] بإيجاب،

لأنه صريح فى الباب — أى أعطيت — لكثرة استعماله فى الهبة

كوهبت[٥] ونحلت، وأطعمتك هذا الطعام، وجعلته لك،

العقد، والكتابة باللفظ الموضوع له أولى، كما فى إعارة الثوب والدار، فإنه يكتب فيه: أعرتنى، ولا يكتب: ألبستنى، وأسكنتنى.

وله أن لفظ الإطعام أدل على المقصود؛ لأنه يخص الزراعة؛ لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما لا يؤكل يعرف منه أن المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة، بخلاف لفظ الإعارة، فإنها تتكلم الزراعة أو البناء، والمراح ونصب الخيام، بخلاف الدار والثوب؛ لأن منفعتهما غير متنوعة، فحصل المقصود بذكر العارية، فلا حاجة إلى بيان المنفعة. (الزيلعى)

(١) قوله: "الهبة" هى لغة مصدر محذوف الأول معوض عنه هاء التأنيث، وأصله وهب كالعدة والوعد، معناها: إيصال ما ينفع مالا كان أو غيره، قال الله تعالى: ﴿فَهَبْ لِى مِن لَدُنْكَ وَلِيًّا﴾، وشرعًا ما بيّنه الشيخ. (شرح النقاية مع زيادة)

(٢) خرج الإعارة والإجارة لأنهما تمليك منفعة.

(٣) خرج البيع لأنه تمليك بعوض.

(٤) قوله: "وتصح" أى تصح الهبة بإيجاب كقوله: وهبت... إلخ، وبقبول وقبض فى المجلس بلا إذنه وفيما بعد المجلس يملكه بالإذن صريحًا لا غير، كل ذلك فى محوز ومشاع لا يقسم، أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد، فينعقد بهما كسائر العقود، وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك.

وقال المالك رحمه الله: يثبت الملك فيه قبل القبض، كالبيع، وعلى هذا الخلاف الصدقة.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: لا يجوز الهبة إلا مقبوضة، والمراد: نفى الملك؛ لأن فيه إلزام المتبرع ما يتبرع به، فلا يجوز بخلاف الوصية؛ لأن المتبرع قد مات، والورثة ليسوا بمتبرعين.

وقوله: قبض فى المجلس بلا إذنه، أى بلا إذن الواهب، وهذا استحسان، والقياس أنه لا يجوز إلا بإذنه؛ لأنه تصرف فى ملك الغير، فلا يجوز إلا بإذنه، وجه الاستحسان أن القبض كالقبول والهبة، ولهذا لا يملك بها قبله، ويغنى عن القبول، كما بينا.

والمقصود من الإيجاب إثبات الملك، فيكون تسليطًا له على القبض دلالة، إذ ملكه لا يتصور إلا به، فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول؛ لأنه بمنزلته على ما بينا، بخلاف ما إذا نهاه عن القبض فى المجلس؛ لأن التصريح يفوق الدلالة، فلا تعمل بمقابلته شيئًا، ولهذا صح الإذن بعد المجلس لكونه صريحًا. (ز)

(٥) قوله: "كوهبت" وإنما انعقدت بقوله: وهبت؛ لأنه صريح فى الهبة، وبقوله: نحلت؛ لأنه مستعمل فيه، قال عليه الصلاة والسلام: أ كلّ أولادك نحلت مثل هذا، وبقوله: أطعمتك هذا الطعام؛

أى بهذا الكلام
وأعمرتُك هذا الشيء، وحملتُك على هذه الدابة ناويا به
أى لا تصح الهبة بقوله: دارى لك هبة
الهبة، وكسوتُك هذا الثوب، ودارى لك هبة تسكنها،
بالجر عطف على قوله: بإيجاب
لا هبة سكنى، أو سكنى هبة وقبول، وقبض[1] فى المجلس
أراد به بعد الافتراق — احتراز عن المشاع — أى لا تصح فى مشاع يقسم
بلا إذنه، وبعده به فى[2] محوز[3] مقسوم ومشاع لا يقسم[4] لا

لأن الإطعام إذا أضيف إلى ما تؤكل عينه، يراد به التمليك بغير عوض، وهو الهبة، بخلاف ما إذا قال: أطعمتك هذه الأرض؛ لأن عينها لا تؤكل، فيكون المراد به ما يستعمل منها، فأمكن ذلك بالعارية.

وبقوله: جعلته لك؛ لأن اللام لتمليك، فصار كأنه قال: ملكتك هذا الثوب، ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان تمليكا، فكذا بغير عوض، وبقوله: أعمرتك لقوله عليه السلاة والسلام: من أعمر عمرى، فهى للمعمر له، ولورثته من بعده؛ ولأن معنى العمرى هو التمليك للحال، واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له، فصح التمليك، وبطل الشرط؛ لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة.

وبقوله: حملتك على هذه الدابة ناويًا به الهبة؛ لأن الإركاب تصرف فى المنفعة، فيكون عارية إلا إذا أراد به الهبة، فتصح؛ لأنه مستعمل فيه، يقال: حمل الأمير فلانًا على الدابة، يعنون به التمليك، فتصح نيته لا سيما إذا كان تشديداً عليه.

وبقوله: كسوتك هذا الثوب؛ لأن الكسوة يراد به التمليك، قال تعالى: ﴿أَوْ كِسْوَتُهُمْ﴾ والمراد به التمليك؛ لأن الكفارة لا تنادى بالمنافع، وبقوله: له دارى لك هبة تسكنها؛ لأن اللام فيه للتمليك ظاهراً، وقوله: تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود، فصار نظير قوله: هذا الطعام لك تأكله، أو هذا الثوب لك تلبسه، بخلاف ما إذا قال: دارى بك هبة سكنى، أو سكنى هبة، حيث تكون عارية على ما بينا فى العارية، وهو المراد بقوله: لا هبة سكنى، أى لا تكون تمليكًا بقوله: دارى لك هب سكنيى. (الزيلعى بحذف)

(١) أى وتصح بتسليم وقبض. . . إلخ.

(٢) قوله: "فى" أى تجوز الهبة فى محوز مقسوم، وفى مشاع لا يقسم، ولا تجوز فى مشاع يقسم، وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه: تجوز هبة المشاع فيما يقسم، وفيما لا يقسم؛ لأنها عقد تمليك، والمحل قابل له، فأشبهت البيع، وكونه تبرعًا لا ينافى الملك فى الشيوع، كالقرض والوصية، وتسليمه ممكن بالتخلية، أو تسليم الكل إليه كالمشاع الذى لا يحتمل القسمة.

ولنا: أن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة؛ ولأن القبض منصوص عليه فى الهبة، فيشترط وجوده على أكمل الوجوه، كما فى استقبال القبلة، لما كان منصوصًا عليه يشترط وجوده على الكمال، حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع أنه من البيت بالسنة، ولأنا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه، وفيما يقسم لا ينسد. (الزيلعى بحذف)

وهو ما يبقى منتفعًا به قبل القسمة وبعدها

فيما قُسم، فإن(١) قسمه وسلمه صح(٢).

ولا تصح وصلية البر الدقيق

وإن وهب(٣) دقيقًا في بر لا، وإن طحن وسلم، وكذا الدهن في السمسم، والسمن في اللبن، وملك(٤) بلا قبض

(٣) أي مجموع احتراز عن المتصل كالثمرة على الشجرة.

(٤) بأن لا يبقى منتفعًا به بعد القسمة كالبيت الصغير.

(١) قوله: "فإن" أي لو وهب مشاعًا يقسم، ثم قسمه وسلمه صح وملكه؛ لأن التمام بالقبض، وعنده لا شيوع، فأفاد أنه لو قبض مشاعًا لا يملكه، فلا ينفذ تصرفه فيه؛ لأنها هبة فاسدة مالا، وهي مضمونة بالقبض، ولا تفيد الملك للموهوب له، وهو المختار، فلو باعه الموهوب له لا يصح، كذا في "المبتغى" بالمعجمة.

وأفاد أنه لو دفع درهمين إلى رجل، وقال: أحدهما هبة لك، والآخر أمانة عندك، فهلكا جميعًا يضمن درهم الهبة، وهو في الآخر أمين، كذا في "فتاوى قاضي خان".

وأفاد أنه لو وهب نصف الدار من رجل فسلم، ثم وهب النصف الباقي لذلك الرجل، فسلم جميع الدار منه جملة يجوز، وأفاد أنه لو وهب نصف الدار لرجل فسلم، ثم وهب النصف الباقي لذلك الرجل فسلم، فكلا العقدين فاسد، كما صرح به الإسبيجابي، وبما ذكره هذا علم أن قوله: تصح في مجوز. (مفرغ - ط)

معناه أنها تملك بهذا الشروط؛ لا أن الصحة متوقفة على القسمة؛ لأنه لو وهب شائعًا، يقسم تصح الهبة من غير ملك، ولهذا لو قبضه مقسومًا ملكه، ولو كان شرطًا للصحة لاحتيج إلى تجديد العقد، كما لا يخفى. (البحر)

(٢) لأن تمامه بالقبض، وعنده لا شيوع.

(٣) قوله: "إن وهب" أي لو وهب الدقيق في الحنطة لا تجوز الهبة، ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة، وكذا الدهن... إلخ؛ لأن الموهوب معدوم، ولهذا لو استخرجه الغاصب ملكه، والمعدوم ليس بمحل للملك، فلا يمكن تمليكه بالعقد، فوقع باطلا، فلا يملك إلا بعقد جديد، وهذا لأن الحنطة استحالت، وصار دقيقًا، وكذا غيرها، وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف في الغصب، بخلاف المشاع؛ لأنه محل للملك إلا أنه لا يمكن تسليمه، فإذا زال المانع جاز، وإنما جازت الوصية بها لأن الوصية بالمعدوم جائزة. (الزيلعي)

(٤) قوله: "وملك" يعني لو كانت العين الموهوبة في يد الموهوب له، ملكها الموهوب له بمجرد العقد، وإن لم يجد فيها قبضًا؛ لأن القبض ثابت فيها، وهو الشرط سواء كانت في يده؛ لأنه مضمونة؛ لأن قبض الأمانة ينوب عن مثله، لا عن المضمون، والمضمون ينوب عنهما.

والأصل فيه أنه متى تجانس القبضان، ناب أحدهما عن الآخر لاتحادهما جنسًا، وإذا اختلفا ناب

أي لولده الصغير — أى الهبة

جديد ولو فى يد الموهوب له، وهبة الأب لطفله تتم[١] بالعقد،

وهو الأب، ثم وصيه، والجد ثم وصيه

وإن وهب له أجنبى تتم بقبض وليه وأمه.

أى لو كان الطفل فى حجرهما

وأجنبى لو[٢] فى حجرهما، وبقبضه[٣] إن عقل، ولو وهب اثنان دارا لواحدٍ صحّ[٤] لا[٥] عكسه، وصحّ تصدّق

الأقوى عن الأضعف، دون العكس؛ لأن فى الأقوى مثل الأدنى وزيادة، وليس فى الأدنى ما فى الأقوى، فلا ينوب عنه، وهذا إذا كان الموهوب فى يده مضمونًا كالمغصوب والمرهون، والمقبوض على سوم الشراء لا إشكال فيه؛ لأن المقبوض فى يده حقيقة وحكمًا، فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة، وكذ إذا كان فى يده عارية أو إجارة؛ لأنه قبضها لنفسه، ويده ثابتة فيه.

وأما إذا كانت فى يده بطريق الوديعة فمشكل؛ لأن يده يد المالك؛ لأنه نائب عنه فى الحفظ، وقبضه لأجل المالك، فكيف ينوب هذا، كما لو وهبه وهو فى يد الواهب، لكن للمودع يد حقيقة، فباعتبارها نزل قابضًا؛ لأنا أقمنا يده مقام يد المالك حكمًا ما دام عاملا له، وبعد الهبة ليس بعامل له، فتعتبر الحقيقة. (الزيلعى)

(١) قوله: "تتم" بقبض وليه، أى أبيه؛ لأنه يملك عليه الدائر بين النافع والضار، فالأولى أن يملك النافع، أو من يقوم مقامه، وهو وصى الأب، أو جدّ اليتيم، أو وصيته؛ لأن لهؤلاء ولاية عليه، وأمه؛ لأن لها الولاية فيما يرجع إلى حفظه، وحفظ ماله، وهذا من بابه؛ لأنه لا يبقى إلا بالمال، فلابد من ولاية تحصيل النافع، وأجنبى كالملتقط؛ لأن له عليه يدًا معتبرًا، ولذا لا يتمكن أجنبى آخر أن ينزعه من يده، فيملك ما يتمحض نفعًا. (الكشف)

(٢) قوله: "لو" قيد بكون الطفل فى حجر أمه، أو الأجنبى، فإنه لو لم يكن فى حجرهما لا تتم بقبضه، وإن كان ذا رحم محرم منه؛ لفوات الولاية. (عز)

(٣) قوله: "وبقبضه" أى تتم هبة الأجنبى للصغير بقبض الصغير إن كان عاقلا؛ لأنه نافع فى حقه، وهو من أهله، والمراد من العقل هنا أن يكون مميزًا يعقل التحصيل.

أطلق المصنف رحمه الله، فشمل ما إذ كان الأب حيّا أو ميتًا، وأشار إلى أنه كما يتم بقبضه يصح رده، وقيد بالهبة؛ لأن المديون لو دفع ما عليه للصبى، ومستأجره لو دفع الأجرة إليه، لا يصح، وأفاد أنه تصح الهبة للصغير الذى لا يعقل بقبضه وليه. (بحر بحذف)

(٤) قوله: "صحّ" لأنهما سلماه جملة، وهو قد قبضها منهما جملة، فلا شيوع، والحاصل أن المؤثر هو الشيوع عند القبض، لا عند العقد، فلو وهب الكل، وسلم النصف لا يصح، ولو وهب النصف ثم النصف، ثم سلم الكل صح. (الكشف)

(٥) قوله: "لا" أى لا يجوز عكسه، وهو أن يهب واحد من اثنين كبيرين، ولم يبين نصيب كل

دراهم على فقيرين — أى لا يصح تصدقها وهبتها
عشرة وهبتها لفقيرين لا[١] لغنيين.

باب[٢] الرجوع فى الهبة

الآتي مع انتفاء مانعه، وإن كره تحريمًا، وقيل: تنزيهًا.
صحّ[٣] الرجوع فيها، ومنع[٤] الرجوع دمعُ خزقه،

واحد منهما بدليل أنه لو قبل أحدهما فيما لا يقسم صحت فى حصته دون الآخر، فعلم أنهما عقدان، بخلاف البيع، فإنه لو قبل أحدهما فإنه لا يصح؛ لأنه عقد واحد.

وقالا: يجوز نظرًا إلى أنه عقد واحد، فلا شيوع، قيد بالهبة؛ لأن الرهن من رجلين، والإجارة من اثنين جائز اتفاقًا، وقيد بكون الواهب واحدًا؛ لأن الواهب لو كان اثنين، والموهوب له كذلك على أن يكون نصيب أحدهما لأحدهما بعينه، ونصيب الآخر للآخر، لا يجوز اتفاقًا، كذا فى "النهاية".

وقيدنا بكون الموهوب لهما كبيرين؛ لأنه لو وهب دارًا من اثنين أحدهما صغير، والأخر كبير، والصغير فى عياله، لم تجز الهبة اتفاقًا؛ لأنه حين وهب صار قابضًا حصة الصغير، فبقى النصف الآخر شائعًا، كذا فى "المحيط"، وقيّدنا بعدم البيان لأنه لو بيّن بأن قال: لهذا ثلثها، ولهذا ثلثاها، أو لهذا نصفها، ولهذا نصفها، لا يجوز عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وإن قبضه، وقال محمد: يجوز إن قبضه.

وقيّدنا بالدار، ومراده منها ما يحتمل القسمة؛ لأن ما لا يحتملها كالبيت يجوز اتفاقًا، وقيّد بكون الموهوب له اثنين؛ لأنه لو كان واحدًا، فوكل اثنين بقبضها فقبضاها جاز. (بحر)

(١) قوله: "لا" أى لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين، أو وهبها لهما جاز، ولا يجوز التصدق على غنيين، ولا هبتها لهما، والفرق أن الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى، وهو واحد، والفقير نائب عنه، ولا كذلك الهبة، فتكون تمليكًا من اثنين، فلا يجوز. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "باب" قال فى "البحر": لا يخفى حسن تأخيره، ودخل فى الهبة الهداية، فإن للمهدىّ الرجوع، كما فى الهبة وغيرها، وأخرج بالهبة الصدقة أى للفقير، فإنه لا يصح الرجوع فيها؛ لأن القصد بها الثواب، وقد حصل، والمراد بالهبة ما كان هبة لغنى، فلو كانت لفقير، فلا رجوع لأنها صدقة.

والمراد بالهبة الموهوب؛ لأن الرجوع إنما يكون فى الأعيان لا الأقوال، ودخل فيها ما إذا وهب دينًا له لغير مديونه، وسلطه على قبضه، فقبل وقبض؛ لأن الهبة هنا تمليك لا إسقاط، بخلاف الهبة ممن هو عليه، فلا رجوع فيها؛ لأنها إسقاط، والساقط لا يعود، ويصح الرجوع فيها كلا وبعضًا. (الطحطاوى بحذف)

(٣) قوله: "صح" أى يصح لمن وهب هبة لأجنبى الرجوع عنهما بتراضٍ، أو حكم قاضٍ، لكن بكراهة، وقال مالك والشافعى وأحمد فى ظاهر مذهبه: لا يصح الرجوع فى الهبة إلا للوالد فيما وهب لولده.

لهم ما روى أصحاب السنن الأربعة، وقال الترمذى: حديث حسن، عن ابن عباس وابن عمر أن

شروع بالفاء التفصيلية فيما أجمله سبقًا. على الأرض إذا كان يوجب زيادة في الأرض

فالدال[1] الزيادة المتصلة[2]، كالغرس والبناء والسمن،

النبي ﷺ قال: «لا يحل لرجل أن يعطى العطية ثم يرجع فيها إلا الوالد فيما يعطى لولده ومثل الذى يعطى العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب يأكل فإذا شبع قاء ثم عاد فى قيئه».

وما رواه الجماعة إلا الترمذى من حديث أبى هريرة وابن عباس أن النبى ﷺ قال: العائد فى هبته كالعائد فى قيئه، وعنه أيضًا: العائد فى هبته كالكلب يعود فى قيئه، ولأنها عقد تمليك، فيلزم كالبيع، وإنما ثبت حق الرجوع للوالد؛ لأن إخراجه عن ملكه لم يتم؛ لأن الولد من كسب الواد.

ولنا ما روى ابن ماجه من حديث أبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «الرجل أحق بهبته ما لم يثب منها»، أى لم يعوض عنها.

وأخرجه الدارقطنى فى "سننه": وابن أبى شيبة فى "مصنفه"، وما رواه الحاكم فى "مستدركه" من حديث ابن عمر قال: صحيح على شرط الشيخين، ورواه الطبرانى فى "معجمه" من حديث ابن عباس، ولفظه أن النبى ﷺ قال: من وهب هبة فهو أحق بهبته ما لم يثب منها، فإن رجع فى هبته، فهو كالذى يقى ثم يأكل قيئه.

وما روى عبد الرزاق فى "مصنفه": عن سفيان عن منصور عن إبراهيم قال: قال عمر: من وهب هبة لذى رحم، فليس له أن يرجع فيها، ومن وهب لغير ذى رحم فله أن يرجع فيها إلا أن يثاب منها.

وأجيب عما رواه بأن المراد نفى للاستبداد بالرجوع، أى لا ينفرد أحد بالرجوع فى هبة من غير قاضٍ، ولا تراض إلا الوالد إذا احتاج إلى ذلك، فإنه ينفرد بالأخذ لحاجته، ويسمى ذلك رجوعًا باعتبار الظاهر، وإن لم يكن رجوعًا فى الحكم.

أو المراد لا يحل له الرجوع ديانة ومروة؛ لأنه يحل اقتضاءً وحكومةً، كقوله عليه السلام: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبيت شبعان وجاره إلى جنبه طاويًا»، أى لا يليق ذلك ديانةً ومروءةً، وإن كان جائزًا قضاء وحكومة.

ولأن التشبيه بالكلب لاستقباح المرجوع واستقذاره، لا لحرمته، ويؤيد ذلك ما روى البخارى أن ابن عمر لما سأل رسول الله ﷺ عن شراء فرس حمل عليه فى سبيل الله قال عليه السلام: «لا تبتعه ولا تعد فى صدقتك»، فإن العائد فى صدقة كالكلب يعود فى قيئه، فلما لم يكن التشبيه بالكلب موجبًا لحرمة ابتياع ما تصدق به، لم يكن التشبيه بالكلب موجبًا لحرمة الرجوع فى الهبة.

وشرطنا فى صحة الرجوع تراضيهما، أو حكم القاضى؛ لأنه لو استردها بغير ذلك، كان غاصبًا، حتى لو هلكت فى يده يضمن قيمتها للموهوب. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "ومنع" يعنى الموانع للرجوع فى الهبة أشياء يجمعها هذه الحروف على ما بينها أخذها هو من بيت شعر قيل فيه، وهو قوله:

ومانع عن الرجوع فى الهبة يا صاحبى حروف دمع خزقه

(الزيلعى)

(١) قوله: "فالدال" أى حروف الدال إشارة إلى أن الزيادة المتصلة تمنع ولو زالت قبل الرجوع، كما إذا شب الصغير ثم شاخ؛ لأنه لا وجه إلى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الإمكان، ولا مع الزيادة

تفسير لقوله: والعين العوض

والميم[1] موت أحد المتعاقدين، والعين[2] العوض.

الموهوب له — أى هذا الشىء — أى أو قال: خذه بمقابلتها

فـــإن قال: خــذه عوض هبتك، أو بدلها، أو بمقابلتها،

وسقط حق الواهب فى الرجوع إذا قبضه — لما روينا

فقبضه الواهب، سقط الرجوع، وصح عن أجنبى،

الموهوب له على الواهب — أى بعكس الحكم المذكور.

وإن[3] استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض، وبعكسه[4]

لعدم دخولها تحت العقد.

قيد بالزيادة لأن النقصان كالحبل، وقطع الثوب بفعل الموهوب له أولا غير مانع، وقيّد بالمتصلة؛ لأن المنفصلة كالولد والأرش والعقر غير مانع من الرجوع فى الأصل، والزيادة للموهوب له، بخلاف الرد بالعيب، حيث يمتنع بزيادة الولد (بحر)

(٢) أى غرس الشجر فى الأرض الموهوبة.

(١) قوله: "والميم" يعنى حرف الميم إشارة إلى أن موت أحدهما مانع إذا كان بعد التسليم؛ لأن بموت الموهوب له ينتقل الملك إلى ورثته، وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب، فلا يرجع إليهم، كما إذا انتقل إليهم فى حال حياة، ولأن تبدل الملك كتبدل العين، فصار كعين أخرى، فلا يكون له فيها سبيل.

وبموت الواهب يبطل خياره؛ لأنه وصف له، وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه فى البيوع، أو هو مجرد حق، وهو أيضًا لا يورث، بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف فى موضعه، قيدنا بكونه بعد التسليم؛ لأنه لو مات أحدهما قبله بطلت لعدم المالك رحمه الله تعالى. (البحر والزيلعى)

(٢) قوله: "والعين" أى حرف العين إشارة إلى أن قبول الواهب العوض من الموهوب له مانع، ولابد أن يذكر لفظًا يعلم الواهب منه أن ذلك عوض هبة، كأن يقول: هذا عوض هبتك، أو جزاءها، أو بدلها، أو فى مقابلتها، ولو كان العوض من أجنبى؛ لأنه إسقاط حق الرجوع فى الشرع، فيصح من الأجنبى، كبدل الخلع، وأما لو لم يضف العوض إلى الهبة، بأن وهب للواهب شيئًا، ولم يقل: هذا عوض هبتك، أو نحوه، كان ذلك هبة مبتدأة لا تعويضًا، فكان لكل واحد منهما الرجوع. (عز)

(٣) قوله: "وإن" أى لو عوض الموهوب له، فاستحق نصف الهبة، رجع بنصف العوض؛ لأن نصف العوض عوض نصف الهبة، فلما لم يسلم له نصف الهبة يرجع بنصف العوض، كما فى البيع. (المجمع)

(٤) قوله: "وبعكسه" أى إذا استحق بعكسه، وهو ما استحق نصف العوض، لا يرجع بشىء حتى يرد ما بقى من العوض؛ لأن العوض ليس ببدل حقيقة، بدليل أنه يجوز أن يعوضه أقل من جنسه فى المقدرات، ولو كان معاوضة لما جاز للربا، وإنما أعطاه ليسقط حقه فى الرجوع، كمامرّ آنفًا، إلا أنه لم يرضَ بسقوط حقه إلا بسلامة كل العوض، فإذا لم يسلم له كله، كان له الخيار، إن شاء رضى بما بقى

أى لا يرجع الواهب بشيء ... من العوض ... من الهبة الواهب

لا، حتى يردّ ما بقى، ولو[١] عوّض النصف رجع بما لم

الموهوب له

يعوض.

بسبب من أسباب الملك كالبيع والهبة

والخاء[٢] خروج الهبة من ملك الموهوب له، وببيع[٣]

الواهب ... الباقى ... من الهبة

نصفها رجع فى النصف، كعدم بيع شىء، والزاء[٤] الزوجية،

فى هبة يعنى يجوز له الرجوع

فلو[٥] وهب ثم نكحها رجع، وبالعكس لا[٦]، والقاف[٧]

من العوض، وإن شاء ردّ الباقى عليه، ويرجع فى الهبة، خلافًا لزفر، إذ عنده يرجع بالنصف اعتبارًا بالموهوب له. (زيلعى ومجمع)

(١) قوله: "ولو" يعنى إذا عوضه عن نصف الموهوب كان له أن يرجع فى النصف الآخر، لأن حقه فى الرجوع، كان فى الكل، فإذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع فى حقه، وبقى حقه فى الباقى على ما كان. (الزيلعى)

(٢) قوله: "والخاء" أى حرف الخاء إشارة إلى أن خروج الهبة من ملك الموهوب له ببيع أو هبة، أو وقف مانع من موانع الرجوع فى الهبة، لأن تبدل الملك كتبدل العين، وقد تبدل الملك بتجدّد السبب. (شرح مع زيادة)

(٣) قوله: "وببيع" يعنى إذا بيع نصف الهبة يرجع فى النصف الباقى، كأن لم يبع منه شىء، فإنه إذا لم يبع منها شىء كان له أن يرجع فى النصف، ويترك النصف؛ لأن له حق الرجوع فى الكل، فله أن يستوفيه إن شاء، وإن شاء استوفى نصفه.

وكذا له أن يترك الكل إن شاء، وإن شاء ترك النصف، فكذا إذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقى، لكن المانع لم يوجد إلا فى النصف، فيتقدر الامتناع بقدره، بل أولى؛ لأنه لم جاز الرجوع فى النصف مع إمكان الرجوع فى الكل، فأولى أن يجوز عند العجز. (ز)

(٤) قوله: "والزاء" أى حرف الزاى إشارة إلى أن الزوجية وقت الهبة مانعة من الرجوع فيها؛ لأن هبة أحد الزوجين للآخر تحقق ما بينهما من الألفة والمودة، فكان المقصود منها الصلة، وقد قيد بوقت الهبة؛ لأنه لو تزوجها بعد ما وهب لها، كان له الرجوع، ولو تزوجها بعد ما وهبت له، كان لها الرجوع، ولو وهب لزوجته، أو وهبت له، ثم أبانها فليس له ولا لها الرجوع. (عز)

(٥) قوله: "فلو" أى لو وهب الأجنبية، ثم تزوجها، يجوز له الرجوع، وبالعكس، وهو ما إذا وهب لزوجته، ثم أبانها، ليس له الرجوع فى الهبة، الأصل فيه أن الزوجية نظير القرابة، حتى يجرى التوارث بينهما بلا حاجب، وترد شهادة كل واحد منهما للآخر، فيكون المقصود فى هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتوادّ، دون العوض، كما فى القرابة المحرمية، وقد حصل فلا يرجع بعد حصول

أى فى الهبة
القرابة، فلو وهب ذى رحم محرم منه، لا[١] يرجع فيها، والهاء[٢] الهلاك، فلو ادعاه صدق، وإنما[٣] يصح الرجوع بتراضيهما، أو بحكم[٤] الحاكم، فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق، وضمن الموهوب له، لم يرجع[٥] على الواهب بما

أى لو ادعى الموهوب له هلاك الموهوب — أى الواهب والموهوب له — عند الموهوب له — قيمته للمستحق

المقصود، بخلاف الهبة للأجنبى؛ لأن المقصود فيها العوض على ما بينا، فكان له الرجوع عند فواته. (الزيلعى)

(٦) أى عكس الحكم المذكور بأن وهب لزوجته، ثم أبانها لا يرجع.

(٧) قوله: "والقاف" أى حرف القاف إشارة إلى أن القرابة مانعة من موانع الرجوع فى الهبة، لما روى الدارقطنى والبيهقى فى سننيها، والحاكم فى "مستدركه"، وقال: صحيح على شرط البخارى ومسلم، ولم يخرجاه عن عبد الله بن جعفر بن المبارك عن حماد بن صلة عن قتادة عن الحسن عن سمرة أن النبى ﷺ قال: «إذا كانت الهبة لذى رحم محرم لم يرجع فيها»، وقال الإمام: رواة هذا الحديث كلهم ثقات، ولأن المقصود منها مع القريب المحرم صلة، وقد حصل، وفى الرجوع قطعها، فلا يرجع. (عز)

(١) قوله: "لا" وإن وهب لمحرم بلا رحم، كأخيه من الرضاع، وأمهات النساء، والربائب، وأزواج البنين والبنات، لا يمنع الرجوع، وقيد بالمحرم؛ لأن الرحم بلا محرم، كابن عمه، لا يمنع الرجوع. (المجمع)

(٢) قوله: "والهاء" أى حرف الهاء إشارة إلى أن هلاك الموهوب من موانع الرجوع؛ لأن الرجوع فى شيء يستدعى قيام المرجوع فيه، وهلاكه ينافيه، ولو ادعى الموهوب له هلاكه، صدق بلا حلف؛ لأنه منكر لوجوب الرد عليه، فأشبه المودع. (شرح النقاية مع زيادة)

(٣) قوله: "وإنما" أى ولا يصح الرجوع عن هبة إلا بتراض من الطرفين، أو حكم قاض بالرجوع لولايته على العامة، ولولايتهما على أنفسهما، كالرد بالعيب بعد القبض، إذ فى حصول المقصود وعدمه قضاء؛ لأن من الجائز أن يكون المراد الثواب، والتحبب، وعلى هذا لا يرجع لحصول المرام، ومن الجائز أن يكون المراد العوض، وعلى هذا يرجع، فلابد من الإلزام والقضاء. (المجمع)

(٤) فلو كانت عبداً، فباعه الموهوب له قبل القضاء للواهب، نفذ بيعه، ولو منعه بعد الرجوع قبل القضاء، فهلك لا يضمن. (طائى)

(٥) قوله: "لم يرجع" لأن العقد تبرع، وهو غير عامل له، فلا يستحق السلامة، ولا يثبت به الغرور، بخلاف الوديعة؛ لأن المودع عامل له، وبخلاف المعاوضات؛ لأن عقد المعاوضة يقتضى

المعين　أى فى ابتداء العقد　نتيجة ما قبلها من الكلام

ضمن، والهبة(١) بشرط العوض هبة ابتداء، فيشترط التقابض

حتى لو تقابضا صح العقد اعتباراً بالبيع

فى العوضين، وتبطل بالشيوع(٢)، بيعٌ انتهاء، فيرد بالعيب،

إذا كان أحد العوضين عقاراً

وخيار الرؤية، وتؤخذ بالشفعة.

فصل(٣)

الموهوب له　أى على الواهب

ومن وهب أمة إلا حملها، أو(٤) على أن يردها عليه، أو

السلامة، والإعارة كالهبة هنا، كما فى "التنوير". (المجمع)

(١) قوله: "والهبة" أى الهبة إذا كانت بشرط العوض، ففى ابتداء العقد هبة، فتجرى فيها أحكام الهبة من اشتراط التقابض فى المجلس أو بعده بإذنه، وبطلانها إذا كانت هبة مشاع، وفى انتهاء العقد بعد التقابض بيع، فتأخذ أحكام البيع من جواز الرد إذا كانت العين الموهوبة معيبة، وخيار الرؤية، وأخذ الشفيع إياها فى شفعة لو كان أحد العوضين عقاراً، وأنكر زفر والشافعى كونها هبة ومالا إلى أنها بيع ابتداء، لأن فيها معنى البيع، وهو التمليك بعوض، والعبرة فى العقود للمعانى، ولذا كان بيع العبد من نفسه إعتاقًا.

ولنا أنها ذات جهتين، فإن اللفظ لفظ الهبة، فهى هبة، والمعنى معنى التمليك بعوض، فهى بيع، فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن؛ لأن الهبة من حكمها تأخر الملك إلى القبض، وقد لا يتأخر، كما إذا كانت الهبة فى يد الموهوب له، وقد تراخى عن البيع الفاسد، والبيع من حكمه اللزوم - قد لا يكون لازمًا كالبيع بشرط الخيار - وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض بينهما، فاندفع ما قيل تعذر الجمع لتنافى العقدين لتنافى لازميهما، فإن لازم البيع اللزوم، وترتب الحكم عليه بلا فصل، والهبة على عكسه، فإن المستحيل جمع المتنافيين فى حالة واحدة، وقد اختلفت الحالة بالابتداء والانتهاء. (عز)

(٢) فإن وهب شقصًا مشاعًا بشرط العوض لا يجوز.

(٣) قوله: "فصل" مسائل هذا الفصل بمنزلة مسائل شتى تذكر فى آخر الكتب، فلأجل هذا ذكرها فى آخر كتاب الهبة فى فصل على حدة. (الشلبى)

(٤) قوله: "أو" قال فى التبيين فيه إشكال، فإنه أراد به الهبة بشرط العوض، فهى والشرط جائزان، فلا يستقيم قوله: بطل الشرط، وإن أراد به يعوضه عنها شيئًا من العين الموهوبة، فهو تكرار محض؛ لأنه ذكره بقوله: على أن يرد عليه شيئًا منها، فأجاب كل بما عنده، فقال "قارئ الهداية": ومن حظه نقلت.

قلت: لا إشكال؛ لأنه أراد لا فرق بين العبارتين فى أن كل واحد منهما لا يفسد، أى سواء عبر بهذا

أى على الواهب
يعتقها، أو يستولدها، أو دارًا على أن يرد عليه شيئًا منها، أو
أى الموهوب له الواهب - فى الوجوه كلها - فى الصورة الأولى - فى الباقى
يعوضه شيئًا منها، صحت[1] الهبة، وبطل الاستثناء والشرط.
أى الدين - أى من الدين
ومن قال لمديونه: إذا جاء غدٌ فهو لك، أو أنت برىء منه،
أى أو قال لمديونه: إن... إلخ - أى نصف الدين
وإن أديت إلىّ نصفه فلك نصفه، أو أنت برىءٌ من النصف
أى قوله: هذا كله - م - بفتح الميم الثانية: وهو الموهوب له
الباقى، فهو باطل[2]، وصحّ[3] العُمرى[4] للمعمر حال حياته،

أو بهذا، وقال الرازى رحمه الله: لا تكرار فيه؛ لأن الأول هبة بشرط الفسخ؛ لأن الرد دليل الرجوع، والثانى هبة شيء بشرط كون شيء عوضًا عن نفسه.

وقال فى "الكشف": كلمة من الثانية بمعنى عن صلة يعوضه، فإنما بطل الشرط مع أن الهبة بشرط العوض صحيح مع شرطها؛ لأن العوض مجهول، بخلاف كلمة من الأولى، فإنها للتبعيض، فيكون المردود جزء من الدار، فلا تكرار فى كلام المصنف.

وقال العلامة العينى: قلت لا يلزم التكرار أصلا؛ لأن قوله على أن يرد عليه شيئًا منها لا يستلزم أن يكون عوضًا؛ لأن قوله: على أن يرد عليه شيئًا منها لا يستلزم أن يكون عوضًا؛ لأن كونه عوضًا إنما هو بألفاظ مخصوصة، فيجوز أن يكون ردًا، ولا يكون عوضًا لعدم الاستلزام، وأما قوله: أو يعوضه شيئًا منها، فصريح بالعوض، ولا شك أنهما متغايران. (عز)

(١) قوله: "صحت" لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة، ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل الشروط، وهذه كلها شروط فاسدة، أما فى غير استثناء الحمل، فظاهر، وأما فى استثناء الحمل فلأن الاستثناء صرف لفظى لا يعمل إلا فيما تناوله اللفظ، والحمل لم يدخل تحت اللفظ، وإنما هو وصف للجارية، فكان تبعًا لها، فلا يصح استثناؤه على ما بينا فى الإقرار، فانقلب شرطًا فاسدًا، وهو لا يؤثر فى الهبة، فيصح، ويدخل الحمل تبعًا لها، وهذا هو الحكم فى كل معاوضة مال بغير مال، كالنكاح والخلع. (الزيلعى)

(٢) قوله: "باطل" لأن الإبراء تمليك من وجه (ولذا يرتد بالرد؛ ولأن الدين مال من وجه لوجوب الزكاة فيه) والإسقاط من وجه، ولذا لا يحتاج إلى القبول؛ ولأن الدين وصف من وجه، فلا يحنث من حلف أنه لا مال له) وهبة الدين ممن عليه إبراء، والتعليق بالشرط يختص بالإسقاطات المختصة التى يحلف بها، كالطلاق، والعتاق، فلا يتعداها. (الكشف مع تغيير وتصرّف)

(٣) قوله: "وصح" وبهذا قال الشافعى فى الجديد وأحمد، وهو قول ابن عباس وابن عمر، وروى عن على وشريح ومجاهد وطاوس والثورى، وقال مالك رحمه الله والليث والشافعى فى القديم: العمرى قلبك المنافع دون العين، فيكون للمعمر له السكنى، فإذا مات ردت إلى المعمر؛ لأنها عارية موقتة، وإن قال له، ولتعقبه كان سكناها لهم، فإذا انقرضوا عادت إلى المعمر؛ لأن هذا تمليك

إشارة إلى تفسير العمرى — أى مدة عمره

ولورثتـه بعـده، وهـى أن يجعـل داره له عمـره،

أى على المعمر بكسر الميم وهو الأصح — إشارة إلى تفسير الرقبى — فإن مت قبلى، فهى لى

فإذا مات ترد عليه، لا الرقبى، أى إن متّ قبلك فهو لك،

موقت، والتمليك لا يتوقت.

ولما في "صحيح مسلم": عن جابر قال: إنما العمرى التى أجاز رسول الله ﷺ أن يقول: هى لك، ولعقبك، فأما إذا قال: هى لك ما عشت، فإنها ترجع إلى صاحبها، قال معمر: كان الزهرى يفتى به، وعن ابن الأعرابى لم يختلف العرب فى العمرى والرقبى على أنها ملك أربابها، ومنافعها لمن جعلت له.

ولنا ما روى الشيخان عن أبى سلمة عن جابر أن النبى ﷺ كان يقول: «العمرى لمن وهبت له»، وفيها عن أبى هريرة مرفوعًا: "العمرى جائزة"، وما روى مسلم عن أبى الزبير عن جابر، قال: أعمرت امرأة بالمدينة حائطًا لها ابنًا لها، ثم توفى، وتوفيت بعده، وترك ولدًا، وله إخوة وبنون للمعمرة، فقال: ولد المعمرة رجع الحائط إلينا، وقال بنوا المعمر: بل كان لأبينا حياته وموته، فاختصموا إلى طارق مولى عثمان، فدعا جابرًا، فشهد أن رسول الله ﷺ قضى بالعمرى لصاحبها، فقضى بذلك طارق، ثم كتب إلى عبد الملك، فأخبره بذلك، وأخبر بشهادة جابر، فقال عبد الملك: صدق جابر، فأمضى طارق ذلك الحائط لبنى المعمر حتى اليوم.

وما فى صحيح مسلم أيضًا عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «أمسكوا عليكم أموالكم ولا تفسدوها فإنه من أعمر عمرى فإنه للذى أعمرها حيًا وميتًا ولعقبه».

وما فى "سنن أبى داود": عن عروة عن جابر أن النبى ﷺ قال: من أعمر عمرى فهى له، ولعقبه يرثها، ومن يرثها من عقبه، وفيها أيضًا عن طارق المكى عن جابر قال: "قضى رسول الله ﷺ فى امرأة من الأنصار، أعطاها ابنها حديقه من نخل، فماتت، فقال ابنها: إنما أعطيتها حياتها، وله إخوة، فقال النبى ﷺ: هى لها حياتها وموتها، قال: كنت تصدقت بها عينها، قال: ذلك أبعد لك منها"، قال ابن القطان: إسناده كلهم ثقات، وطارق المكى هو قاضى مكة مولى عثمان بن عفان، وهو ثقة.

قال أبو زرعة: ورواه أحمد بسند كل رجاله ثقات، وهو حدثنا روح حدثنا سفيان الثورى عن حميد بن قيس عن إبراهيم عن جابر أن رجلا من الأنصار أعطى أمه حديقة من نخل حياتها، فماتت وله إخوة، فقالوا: نحن فيه شركاء على السوء، فأبى فاختصموا إلى رسول الله ﷺ فقسمها بينهم ميراثًا، وأما قول ابن الأعرابى أنها عند العرب تمليك المنافع، فلا يضر؛ لأن الشارع نقلها إلى تمليك الرقبة. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "العمرى" هى -بالضم- اسم من الإعمار يقال: أعمرته الدار عمرى، أى جعلتها عليه ليسكنها مدة عمره، فإذا مات عادت إليه، وكانوا يفعلون ذلك فى الجاهلية، وفى الشريعة: جعل نحو داره للمعمر له مدة عمرة بشرط أن يردها على المعمر، أو على ورثته إذا مات المعمر له، أو المعمر. (الطحطاوى)

لأن كلا منهما تبرع　تفريع على ما قبله　بأن وهب الواحد، فلا يرد قول المصنف، صح تصدق عشرة

والصدقة كالهبة لا تصح إلا بالقبض، ولا(١) فى مشاع يحتمل

كسهم من الدار

القسمة، ولا(٢) رجوع فيها.

---

(١) قوله: "ولا" أى لا تصح الرقبى عند أبى حنيفة ومحمد، وهو قول مالك، وهى أن يقول شخص لآخر: أرقبتك هذه الدار، وهى لك رقبى، أو هى لك حياتك على أنى إن مت قبلك فهى لك، وإن مت قبلى فهى لى، وسمى بذلك؛ لأن كل واحد يرقب موت صاحبه، وقال أبو يوسف: يصح، وهو قول الشافعي وأحمد؛ لأنها تشتمل على شرط رد الدار بعد الموت، فيكون بمنزلة العمرى.

ولنا فى "سنن أبى داود": عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «العمرى جائزة لأهلها والرقبى جائز لأهلها»، وفيها عن زيد بن ثابت قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر شيئًا فهو لمعمره حياته ومماته ولا تراقبوا فمن أرقب شيئًا فهو سبيله».

وفى "سنن النسائى": عن ابن عباس مرفوعًا: «من أعمر عمرى فهى لمن أعمرها جائزة وفيها ومن أرقب رقبى فهو لمن أرقبها جائزة»، وفيها ابن ماجه عن ابن عمر مرفوعًا: «لا عمرى ولا رقبى فمن أعمر شيئًا أو أرقبه فهو له حياته ومماته».

ولنا أنه تعليق التمليك بالخطر وهو موت المملك، وذلك باطل، وإذا لم يصح عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله يكون عارية؛ لأن هذا العقد يتضمن إطلاق الانتفاع، وقد حكم الإتقانى شارح "الهداية" بصحة قول أبى يوسف؛ لما روينا من الأخبار. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "ولا" لأن المقصود بها الثواب، وقد حصل بخلاف الهبة، فلا رجوع فى الهبة لفقير استحسانًا؛ لأن المقصود بها الثواب دون العوض، إذ لو كان قصده العوض لاختار للهبة من يكون أقدر على أداءه.

ولما اختار الفقير من عجزه عن أداءه، فعرفنا أن مقصوده الثواب، وقد ناله، ولو تصدق على غنى لا يعود استحسانًا، والقياس فيه أن يعود، وبه قال بعض أصحابنا؛ لأن الصدقة فى حق الغنى هبة؛ لأنها إنما يقصد ههنا العوض دون الثواب، كما أن الهبة فى حق الفقير صدقة؛ لأنها إنما يقصد هنا الثواب دون العوض.

ووجه الاستحسان أن لفظ الصدقة مما يدل على أنه لم يقصد العوض، ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال التمليك، ثم التصدق على الغنى قد يكون قربة استحق بها الثواب لكونه غنيا يملك نصابًا، وله عيال كثيرة، والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب، ألا ترى أن عند اشتباه الحال يتأدى الواجب من الزكاة بالتصدق عليه، ولا رجوع فيه بالاتفاق، فكذلك عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه. (شرح النقاية)

كتاب[1] الإجارة[2]

احتراز عن بيع عين — جنسًا وقدرًا — كل شيء

هي بيع منفعة[3] معلومة بأجر معلوم[4]، وما

في البيع — بأمور ثلاثة الأول

صحّ ثمنًا صح[5] أجرة[6]، والمنفعة[7] تعلم ببيان المدة،

---

(١) قوله: "كتاب" قدم الهبة على الإجارة؛ لأنها تمليك العين، والعين مقدم على المنفعة؛ ولأن فيها عدم العوض، والعدم مقدم على الوجود، ووصله بفصل الصدقة؛ لأنهما يقعان لازمين. (الشلبي)

(٢) قوله: "الإجارة" هي لغةً: اسم للأجر من أجر يأجر -بكسر الجيم وضمها- وهو العوض، قال الله تعالى: ﴿وَلَو شِئْتَ لَاتَّخَذتَ عَلَيهِ أَجْرًا﴾ وسمى الثواب أجرًا لأنه سبحانه عوض العبد.
وشرعًا: بينه الشيخ، والقياس يأبى جوازه؛ لأن المعقود عليه، وهو المنفعة معدوم، وإضافة التمليك إلى ما يوجد لا تصح، لكنا جوزناه لحاجة الناس بإقامة العين مقام المنفعة في حق إضافة العقد، وقد شهدت الآثار بصحتها، قال عليه الصلاة والسلام: «أعطوا الأجير أجره قبل أن يجفّ عرقه»، وقال عليه السلام: «من استأجر فليعلمه أجره»، وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث والمنفعة. (شرح النقاية والكشف)

(٣) أي مقصوده من العين حتى لو استأجر ثيابًا أو نحوها للتجمل لا للاستعمال، فالإجارة فاسدة، ولا أجر له؛ لأنها غير مقصودة من العين.

(٤) لما روينا، وأن جهالة البدلين تفضي إلى منازعة، مالي ونفع من غير جنس المعقود عليه قدرًا وصفةً؛ لأن جهالتهما تفضي إلى المنازعة.

(٥) قوله: "صح" فإن كانت الأجرة عين جاز؛ لأن كل عين جاز أن يكون أجرة، كما جاز أن يكون بدلا في بيع، وإن كان موصوفًا في الذمة يجوز أيضًا كل ما جاز أن يكون ثمنًا، أو مبيعًا في الذمة، كالمقدرات والمذروعات، وما لا فلا، وقوله: وما صح ثمنًا صح أجرة لا ينافي العكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمنًا، كالمنفعة، فإنها لا تصلح أجرة إذا كانت مختلفة الجنس كالاستئجار سكنى الدار بزراعة الأرض، وإن اتحد جنسهما لا يجوز، كاستئجار الدار بسكنى الدار، وكأشجار الأرض للزراعة بزراعة أرض أخرى. (ع)

(٦) لأن الأجرة ثمن المنفعة، فتعتبر بثمن المبيع.

(٧) قوله: "والمنفعة" شروع في بيان كون المنفعة معلومًا، فإن كون الأجر معلومًا ظاهر، فقال: إنما تعلم المنفعة بأحد أمور ثلاثة: بين مدة المنفعة طالت أو قصرت؛ لأن المدة إذا كانت معلومة كان قدر المنفعة، لا تتفاوت كالدور للسكنى، والأرض للزراعة، وفي الوقف يتبع شرط الواقف؛ لأنه كنص

أى كمن استأجر داراً للسكنى، أو أرضًا للزرعة
كالسكنى والزراعة، فتصح على مدة معلومة أى مدّة كانت، ولم تُزَد فى الأوقاف[1] على ثلاث سِنين، أو
أى أو تعلم المنفعة إلا بالتسمية، وهو الأمر الثانى
بالتسمية، كالاستئجار على صبغ الثوب، وخياطته، أو
أى أو تعلم المنفعة بالإشارة، وهو الأمر الثالث — أى موضع عينه
بالإشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام إلى كذا،
فى الإجارة — أى بنفس العقد
والأجرة[2] لا تُملك بالعقد، بل بالتعجيل، أو بشرطه، أو

الشارع فى وجوب الاتّباع، فإن لم يشترط الواقف فى إجارة مدة بل سكت عنها، فالفتوى أن لا يزاد فى إجارة الأراضى على ثلاث سنين، وفى إجارة غيرها، أى غير الأراضى أن لا يزاد على سنته واحدة كيلا يدعى المستأجر ملكها، وهو المختار، كما فى "الهداية"، وقد وافق الصدر الشهيد بعدم الزيادة على ثلاث سنين فى الضياع، وعلى سنة واحدة فى غيرها، إلا إذا كانت المصلحة فى غيره فى "المحيط"، وهو المختار للفتوى.

تسمية العمل كصبغ ثوب أحمر أو أصفر، أو خياطة قبّا، أو نحوه، أو حمل قدر معلوم مسافة معلومة إذا بين الثوب ولون الصبغ، وقدره وجنس الخياطة، والمحمول إذ بذلك تصير المنفعة معلومة، الإشارة كنقل هذا الطعام إلى ثمه إلى ذلك المقام؛ لأنه إذا رأى ما ينقله، وعلم الموضع الذى ينقل إليه، كانت المنفعة معلومة، فيصح العقد (عز)

(١) أى لا يجوز أن تزاد مدة الإجارة فى الأوقاف على ثلاث سنين.

(٢) قوله: "والأجرة" أى لا تملك الأجرة بنفس العقد، سواء كانت الأجرة عينًا أو دينًا، وإنما تملك بالتعجيل، أو بشرط التعجيل، أو باستيفاء المعقود عليه، وهى المنفعة، أو بالتمكين من الاستيفاء بتسليم العين المستأجرة فى المدة.

أما الأول: فلأن حكم العقد يظهر عند وجود المنفعة، وهى معدومة عند العقد، ولذا يقام العين مقام المنفعة فى حق إضافة العقد إلى المنفعة، كما يقام السفر مقام المشقة، فتجب الأجرة مؤجلا موقتًا على أحد الأمور، وأما الثانى والثالث: فلأن امتناع ثبوت الملك بنفس العقد لتحقق المساواة، فإذا عجل أو شرط التعجيل، فقد أبطل المساواة التى هى حقه، بخلاف الإجارة المضافة بشرط تعجيل الأجرة، فإن الشرط باطل لامتناع ثبوت الملك من البدل، للتصريح بالإضافة إلى وقت فى المستقبل، والمضاف إلى وقت لا يكون موجودًا قبله، ولا يتغير هذا المعنى.

وأما الرابع فلتحقق المساواة بينهما، إذ العقد عقد معاوضة، وأما الخامس فإقامة التمكين من الشىء مقام ذلك الشىء، هذا إذا كانت الإجارة صحيحة، أما إذا كانت فاسدة لا يجب شىء بمجرد التمكين من استيفاء المنفعة إلا بحقيقة الانتفاع. (الزيلعى والمجمع بتغيّر وتصرّف)

بالاستيفاء[١]، أو بالتمكن منه، فإن[٢] غصب منه سقط الأجرة، ولرب[٣] الدار والأرض طلب الأجر كل يوم، وللجمّال[٤] كل مرحلة، وللقصّار[٥] والخيّاط بعد الفراغ عن عمله، وللخبّاز[٦] بعد إخراج الخبز من التنّور، فإن أخرجه فاحترق له الأجر[٧]،

(بتسليم العين المستأجر في المدة، العين المستأجر، أي من المستأجر، بالجيم، شرطية، من التنور، له من غير فعله، جزاء)

(١) أي باستيفاء المعقود عليه وهي المنفعة.

(٢) قوله: "فإن" أي لو غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر، سقط الأجر كله، فيما إذ غصبت في جميع المدة، وإن غصبت في بعضها، سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع، وهو شرط لوجوب الأجرة، لا حقيقة الانتفاع على ما تبين، وهل تنفسخ الإجارة؟ قال صاحب "الهداية": تنفسخ، وقال القاضي فخر الدين في فتاواه والفضلي: لا تنتقض. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ولرب" أي إذا استأجر أحد دارًا ليسكنها، أو أرضًا ليزرعها، فيجوز لرب الدار في صورة إجارة الدار، ولرب الأرض في إجارة الأرض، أن يطالب المستأجر بأجرة كل يوم، لأنه منفعة مقصودة إلا أن العين وقت الاستحقاق في العقد، فيكون بمنزلة التأجيل. (عز)

(٤) قوله: "وللجمّال [منهم من ضبط الحمال بالحاء المهملة، ومنهم من ضبطها بالجيم الأولى الأول؛ لأن الحمل يجوز أن يقع على الظهر، وعلى الدابة، فيكون أعم من لفظ الجمال بالجيم. (البحر)]" أي ومن استأجر جمالا لصاحب الجمل أن يطالبه كل مرحلة إذا لم يبين وقت الاستحقاق، فإن بين وقته لم يكن له الطلب قبله؛ لأنها سير مقصود (عز)

(٥) قوله: "وللقصّار" أي يجوز للقصار والخياط طلب الأجرة بعد الفراغ من عملهما؛ لأن العمل في البعض غير منتفع به، فلا يستوجبان به أجرًا. (عز)

(٦) قوله: "للخبّاز" يعني للخبار أن يطالب بالأجر إذا أخرج الخبز من التنور؛ أنه قد فرغ فيملك المطالبة، كالخياط إذا فرغ من العمل، هذا إذا كان يخبز في بيت المستأجر؛ لأنه صار مسلمًا إليه بمجرد الإخراج. فيستحق الأجر، وإن كان في منزل الخباز، لم يكن مسلمًا إليه بمجرد الإخراج من التنور. (الزيلعي)

هذا إذا كان الخبز في بيت المستأجر، أما إذا كان خارجًا عن بيت المستأجر، فلا يستحق الأجرة إلا بالتسليم حقيقة. (الطائي)

(٧) لأنه صار مسلمًا بالوضع في بيته.

لأنه لم توجد منه الجناية　أراد به وضع الطعام في القصاع

ولا ضمان، وللطباخ[١] بعد الغرف، وللبان[٢] بعد الإقامة.

ومن لعمله أثر في العين، كالصباغ والقصار يحبسها[٣]

أي لأجل الأجرة حتى يستوفيها　الصانع العين أي هلك　عليه　له

للأجر، فإن حبس فضاع، فلا ضمان[٤]، ولا أجر، ومن لا

العين

أثر لعمله كالحمال[٥] والملاح لا يحبس[٦] للأجر، ولا[٧]

(١) قوله: "وللطباخ" أي للطباخ أن يطلب الأجرة بعد ما غرف الطبخ؛ لأن الغرف عليه إذا كان يطبخ للوليمة، وإن كان يطبخ قدرًا خاصة لأهل البيت، فليس عليه الغرف؛ لأن العادة لم تجر به، والمعتبر هو العادة في موضع لا نصّ فيه. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وللبان [وهو من يتخذ اللبن من الطين]" أي إذا استأجره ليضرب له لبنا في أرضه، استحق الأجر إذا أقامه عند الإمام، حتى لو فسد بالمطر قبلها، فلا أجر له، وقالا: بعد تشريجه، وهو جعل بعض على بعض حتى لو فسد بعد الإقامة قبل النقل، فلا أجر له، إذ لا يؤمن الفساد قبله.

وله أن الفراغ هو الإقامة، والتشريج عمل زائد كالنقل إلى موضع العمارة، بخلاف ما قبل الإقامة؛ لأنه طين منتشر، هذا إذا لبن في أرض المستأجر، وإن لبن في أرض نفسه، لا يستحق حتى يسلمه، وذلك بعد الإقامة عنده، وعندهما بالعدّ بعد التشريج، قيل: الفتوى على قولهما، والعرف في ديارنا على ما قاله الإمام. (الزيلعي والمجمع)

(٣) قوله: "يحبسها" أي يحبس العين للأجر حتى يستوفيه؛ لأن المعقود عليه وصف في المحل، فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل، كما في المبيع.

وذكر في "النهاية": أن القصّار إذا ظهر عمله باستعمال النساء، كان له حق الحبس، وإن لم يكن لعمله إلا إزالة الدرن، اختلفوا فيه، والأصح أن له حق الحبس على كل حال؛ لأن البياض كان مستترًا، وقد ظهر بفعله بعد أن كان هالكًا بالاستتار، فصار كأنه أحدثه فيه بالإظهار، وعزاه إلى "شرح الجامع الصغير" لقاضي خان. (الزيلعي)

(٤) قيل: الأثر هو الأجزاء القائمة بالمحل كالنشاء، وقيل: هو ما يعاين في محل الحمل، كالسكر في الفستق واختار الأكثرون الأول. (الكشف)

(٥) قوله: "فلا ضمان" عند أبي حنيفة؛ لأنه غير متعدّ في الحبس، وقد كان العين أمانة في يده قبل الحبس، فتعين أمانة بعد، ولا أجر له لهلاك المعقود عليه قبل التسليم، وعند أبي يوسف ومحمد كانت مضمونة قبل الحبس، فكذا بعده، لكنه بالخيار إن شاء ضمن قيمته غير معمول، ولا أجر له؛ لأن العمل لم يصر مسلمًا إليه، وإن شاء ضمن قيمته معمولا، وله الأجر؛ لأن المبيع صار مسلمًا إليه، تقديرًا بوصول قيمته إليه، فصار كما لو صار مسلمًا إليه حقيقة. (شرح النقاية)

(٦) قوله: "لا يحبس" لأن المعقود عليه نفس العمل وهو عرض دلالة أثر يقوم مقامها، فلا

الأجير / بأن قال له: عمل بنفسك أو بيدك / المستأجر

يستعمل غيره إن شرط عمله بنفسه، وإن أطلق له[١] أن يستأجر

الأجير / رجل رجلا / من موضع

غيره، وإن استأجره ليجيء بعياله، ومات بعضهم فجاء بمن

من العيال / أي فللأجير

بقي، فله[٢] أجره بحسابه، ولا[٣] أجر لحامل الكتاب

يتصور حبسه، ولو حبسها ضمن ضمان الغصب، وصاحبها بالخيار إن شاء ضمن المستأجر قيمتها محمولة، وله الأجر، وإن شاء غير محمولة ولا أجرَ: (المجمع)

(٧) قوله: "ولا" أي ليس للأجير أن يستعمل غيره إذا شرط عليه أن يعمل بنفسه؛ لأن المعقود عليه العمل من محل معين، فلا يقوم غيره مقامه، كما إذا كان المعقود عليه المنفعة، بأن استأجر رجلا شهرًا للخدمة لا يقوم غيره مقامه في الخدمة، ولا يستحق به الأجر؛ لأنه استيفاء للمنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه لذلك. (الزيلعي)

(١) قوله: "له" لأن المعقود عليه العمل في ذمة، ويمكن إيفاءه بنفسه أو باستعانة غيره، كإيفاء الدين. (الكشف)

(٢) قوله: "فله" لأنه في بعض المعقود عليه، فيستحق الأجر بحسابه، قال الفقيه أبو جعفر الهندواني: هذا إذا كان عياله معلومين للعاقدين. (حاشية الكشف)

حتى يكون الأجر مقابلا بجملتهم، وإن كانوا غير معلومين، يجب الأجر كله، كما في "التبيين"، فعلى هذا لو قيدّ المصنف بقوله: لو كانوا معلومين، وإلا فكله كان أولى، وفي "الخلاصة": فإن لم يكونوا معلومين، فالإجارة فاسدة. (المجمع)

(٣) قوله: "ولا" معناه إن استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بمكة مثلا، أو ليذهب بكتابه إليه، ويجيء بجوابه، فذهب فوجد فلانًا ميتا فرده، فلا أجر له؛ لأنه نقض تسليم المعقود عليه بالرد، فصار كأنه لم يفعل، فلا يستحق الأجر، وقال زفر رحمه الله: له الأجر في الطعام؛ لأن الأجر بمقابلة حمل الطعام إلى مكة، وقد وفى بالمشروط، فاستحق الأجرة عليه، ثم هو برده جانٍ، فلا يسقط حقه به في الأجر، بخلاف نقل الكتاب؛ لأن الأجر فيه لا يقابل الحمل؛ لأنه لا مؤنة له.

وقال محمد رحمه الله: له الأجر للذهاب في نقل الكتاب؛ لأنه أوفى بعض المعقود عليه، وهو قطع المسافة؛ لأن الأجر مقابل به، لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته، بخلاف حمل الطعام؛ لأن الأجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة؛ لأن في حمل الطعام مؤنة.

قلنا: الأجر مقابل بالنقل فيهما؛ لأنه وسيلة إلى المقصود، وهو وضع الطعام هناك، وعلم ما في الكتاب، فإذا رده فقد نقض المعقود عليه، فلا يستحق الأجر، كما إذا نقض الخياطة بعد الفراغ، ولو وجده غائبًا، فهو كما لو وجده ميتًا لتعذر الوصول إليه.

ولو ترك الكتاب هناك ليوصل إليه، أو إلى ورثتي، فله الأجر في الذهاب؛ لأنه أتى بأقصى ما فيه وسعه. (الزيلعي)

أى لأجل الجواب يجيء من المكتوب إليه - راجع للمسألتين

للجــــواب، أو لحـامل الطعام إن رده[١] للموت.

باب ما يجوز[٢] من الإجارة وما يكون خلافًا فيها

جمع حانوت بمعنى الدكان

صحّ[٣] إجارةُ الدور والحوانيت بلا بيان مـا يعمل فيهـما،

أى للمستأجر - أى من عمل السكنى كالوضوء والطبخ وكسر الحطب

وله[٤] أن يعمل فيها كل شيء إلا[٥] أنه لا يسكن[٦] حدّادًا، أو

(١) كل واحد من حامل الكتاب وحامل الطعام.

(٢) ما يجوز، والأفصح أن يقول: باب من الأفعال في الإجارة.

(٣) قوله: "صحّ" والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها؛ لأن الدار تصلح للسكنى ولغيرها، وكذا الحوانيت تصلح لأشياء مختلفة، فينبغي أن لا يتجوز ما لم يبين ما يعمل فيها، كاستئجار الأرض للزراعة، والثياب للبس، وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى، ولهذا تسمى مسكنًا، فينصرف إليها؛ لأن المتعارف كالمشروط؛ ولأنها لا تختلف باختلاف العامل والعمل، فجاز إجارتهما مطلقًا، بخلاف الأرض والثياب، فإنهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس، فلا بد من البيان. (الزيلعي)

(٤) قوله: "وله" وهذا لأن العقد وقع مطلقًا، وله أن يسكن غيره معه، أو ينفرد لأن كثرة السكان لا تضر، وله أن يضع فيها ما بدالة حتى الحيوان، ويعمل ما بدا له من العمل كالوضوء، والاغتسال، وغسل الثياب، وكسر الحطب.

وفي "النهاية": لا يدخل الدواب في عرفنا؛ لأن المنازل في بخارا تضيق عن سكنى الناس، فكيف تتسع لإدخال الدواب، وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة.

وفي "شرح الكافي" للإسبيجابي رحمه الله: ولو استأجرها لسكنى كل شهر بكذا، فله أن يربط فيها دابته وبعيره وشاته، ويسكنها من أحب، وهذا إذا كان فيها موضع معدّ لذلك. (العيني مع زيادة)

(٥) قوله: "إلا" هذا استثناء من الحكم المذكور من أن له أن يعمل كل شيء، وبيان لما لا يجوز له من العمل الذي يتضرر به الدار والحانوت، وإنما استثنى ما ذكر؛ لأن في نصب الرحى، واستعمالها في هذه الأشياء ضررًا ظاهرا؛ لأنه يوهن البناء، فيتقيد العقد بما وراءها دلالة، والمراد بالرحى رحى الماء والثور، وأما رحى اليد فلا يمنع منها؛ لأنها لا تضر بالبناء.

وفي "الحدادي": رحى اليد إذا بنيت في الحائط يمنع منها، وله أن يكسر فيها الحطب الكسر المعتاد، وله أن يطبخ فيها لطبخ المعتاد، وإن زاد على العادة بحيث يوهن البناء، فليس له ذلك إلا برضاء صاحب الدار، فظهر أن الحاصل كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها إلا بإذن، وكل ما لا ضرر فيه جاز مطابق العقد واستحقه. (التكملة)

(٦) قول: "لا يسكن" قال في "المنح": فيه وجهان: الأول: أن يكون بفتح الياء من الثلاثي

المستأجر
قصّارًا، أو طحّانًا، والأراضي[١] للزراعة إن بيّن ما يزرع فيها،
أى وصح إجارة الأرض للبناء...إلخ أى مدة الإجارة
أو قال: على أن يزرع ما شاء، وللبناء[٢] والغرس، فإن[٣] مضت
المستأجر إن لم يرضَ المؤجر تركهما خالية عنهما أى للمستأجر وهو صاحب الأرض
المدة، قلعهما وسلمها[٤] فارغة، إلا[٥] أن يغرم المؤجر قيمته[٦]

المجرد، فيكون انتصاب حدادًا، أما بعده على الحال، ويفهم منه عدم إسكان غيره دلالة بالأولى.

الثاني: أن يكون وبضم الياء وكسر الكاف، وانتصاب ما بعده على المفعولية، ويفهم منه عدم سكناه بنفسه بالإشارة؛ لأنه إنما لم يجز أن يسكن غيره؛ لأن ذلك يوهن البناء، وفي سكنى نفسه متلبسا بهذه الأشياء هذا المعنى حاصل.

(١) قوله: "والأراضي" يعني يجوز استئجار الأرض للزراعة إن بيّن ما يزرع فيها، أو قال: على أن يزرع فيها ما يشاء؛ لأن منفعة الأرض مختلفة بما يزرع فيها؛ لأن منه ما ينفع كالبريسم في ديارنا، وما يضر كالقمح مثلا، فلا بد من بيانه أو يقول له: ازرع فيها ما شئت كي لا يفضي إلى المنازعة، ولو لم يبين، ولم يقل له: ازرع فيها ما شئت، فسدت الأجرة للجهالة، ولو زرعها لا تعود صحيحة في القياس، وفي الاستحسان يجب المسمى، وتنقلب صحيحة؛ لأن المعقود صار صحيحًا معلومًا بالاستعمال، وصار كما لو استأجر ثوبًا، ولم يبين اللابس، ثم البس إنسانًا عادت صحيحة لما ذكرنا. (التكملة)

(٢) قوله: "وللبناء" أي جاز استئجار الأرض للبناء ولغرس الأشجار؛ لأنها منفعة معلومة تقصد لعقد الإجارة عادة، فتصح كما لو استأجرها للزراعة. (الزيلعي)

(٣) قوله: "فإن" أي إذا مضت مدة الإجارة قلع البناء، والغرس، وسلّم الأرض إلى الموجر فارغة؛ لأنه يجب تسليمها إلى صاحبها غير مشغولة ببناءه وغرسه، وذلك بقلعهما في الحال؛ لأنهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان إليها، وفي تركهما على الدوام بأجر أو بغير أجر، يتضرر صاحب الأرض، فيتعين القلع في الحال، بخلاف ما إذا استأجرها للزراعة، فانقضت مدة الإجارة والزرع، لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله إلى أن يستحصدها بأجر المثل؛ لأن له نهاية معلومة، فأمكن رعاية الجانبين فيه، بخلاف ما إذا مات أحد المتعاقدين في المدة، والزرع لم يدرك، حيث يترك بالمسمى على حاله إلى أن يستحصد الزرع، وإن بطلت الإجارة به؛ لأن للزرع نهاية على ما بينا، فإذا وجب الترك لدفع الضرر، كان تركه بالمسمى، وإبقاءه على ما كان أولى، إذ لا فائدة في نقص العقد، وإعادته على ما كان، بخلاف ما إذا غصب أرضًا، وزرعها حيث يؤمر بالقلع، وإن كان له نهاية؛ لأن ابتداء فعله وقع ظلمًا، والظلم يجب إعدامه لا تقريره. (الزيلعي)

(٤) أي سلّم المستأجر الأرض إلى المؤجر.

(٥) قوله: "إلا" يعني إذ مضت المدة يجب عليه قلع البناء والغرس، إلا أن يغرم المؤجر قيمة ذلك الخ، هذا إذا كانت الأرض تنقص بالقلع؛ لأن الواجب دفع الضرر عنهما، فيدفع الضرر عن

كل واحد من البناء والغرس بعد دفع القيمة أي يتركه كل واحد من البناء والغرس

مقلوعًا[١]، ويتملكه، أو[٢] يرضى بتركه، فيكون البناء،

أي للمستأجر وهو البرسيم في حكم القلع

والشجر لهذا، والأرض لهذا[٣] والرطبة[٤] كالشجرة،

في الأرض المستأجرة بالجر عطف على قوله: الدور والحوانيت.

والزرع[٥] يترك بأجر المثل إلى أن يدرك، والدابة[٦] للركوب

أي وصح أيضًا إجارة الثوب المؤجر للمستأجر الثوب

والحمل، والثوب للبس، فإن[٧] أطلق أركب[٨]، والبس من

صاحب الغرس والبناء بدفع القيمة له، وعن صاحب الأرض بالتمليك بالقيمة، وإن كانت لا تنقص، فليس له ذلك إلا برضا صاحبه لاستوائهما في ثبوت الملك، وعدم المرجع، وليس لرب الأرض أن يتملك الغرس جبرًا على صاحبه إذا لم يكن في قلعهما ضرر فاحش. (التكملة)

(٦) أي قيمة كل واحد من البناء والغرس.

(١) بأن تقوم الأرض بهما وبدونهما، فيضمن ما بينهما. (الطائي)

(٢) قوله: "أو" ولأن الحق لرب الأرض، فإذا رضي باستمراره على ما كان بأجر، أو بغير أجر، كان له ذلك. (الزيلعي)

(٣) أي للمؤجر الذي هو صاحب الأرض.

(٤) قوله: "والرطبة" المراد بالرطبة ما يبقى أصله في الأرض أبدًا، وإنما يقطف ورقه ويباع أو زهره، وأما إذا كان له نهاية معلومة، كما في الفجل -بضم الفاء- والجرد والبازنجان، فينبغي أن يكون كالزرع، يترك بأجر المثل إلى نهايته، كذا حرره المصنف في حواشي "الكنز"، وقوّاه بما في معاملة "الخانية" -فليحفظ-.

قلت: بقي لو له نهاية معلومة، لكنها بعيدة طويلة كالقصب، فيكون كالشجر، كما في "فتاوى ابن الحلبي" -فليحفظ-. (الدرّ)

(٥) قوله: "والزرع" أي يترك الزرع بأجر المثل إذا انقضت مدة الإجارة قبل إدراكه؛ لأن له نهاية معلومة، وقد ذكرناه ونظائره، والفرق بينه وبين البناء والغرس آنفًا. (الزيلعي)

(٦) قوله: "والدابة" يعني يجوز استئجار هذه الأشياء لما ذكرنا؛ لأن لها منافع معلومة، ويعتاد استئجارها، فجاز استئجارها كسائر الأعيان المعهودة. (الزيلعي)

(٧) قوله: "فإن" أي إن أطلق له الركوب، أو اللبس، جاز أن يركب الدابة، ويلبس الثوب، والمراد بالإطلاق أن يقول: على أن يركبها من شاء، أو يلبس الثوب من شاء؛ لأنه يختلف باختلاف الراكب واللابس، فلا يجوز إلا بالتعيين، أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء على نحو ما ذكرنا في الزراعة، إذ كل واحد منهما مختلف، فلا فرق بينهما، وهذا لأن الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد منهما اختلافًا فاحشًا، ولهذا لو عيّن له فيها، وخالف يضمن إذا هلكت العين، ولا أجر له، كما في

المؤجر معين معين
شاء، وإن قيد براكب أو لابس، فخالف
أى مثل الحكم المذكور، وهو الضمان فى كل ما...إلخ أى وفى الذى لا...إلخ
ضمن[١]، ومثله[٢] ما يختلف بالمستعمل، وما[٣] لا يختلف به،
أى تقييد المؤجر لشخص معين المؤجر فى إجارة الدور بعينه أى المستأجر
بطل تقييده، كما لو شرط سكنى واحد، له أن
أى غير الواحد الذى شرط المؤجر سكناه. المستأجر
يسكن غيره، وإن[٤] سمى نوعا وقدرا، ككر[٥] بر له

الزراعة (ز)

(٨) المستأجر الدابة من شاء.

(١) لتفاوت الناس فى الركوب، فالتقييد مفيد، فيضمن بالمخالفة.

(٢) قوله: "ومثله" يعنى يضمن مثله فى كل شيء يختلف باختلاف المستعمل إذا كان مقيدًا، وخالف لما ذكرنا من المعنى. (التكملة)

(٣) قوله: "وما" يعنى فيما لا يختلف باختلاف المستعمل، كالدور للسكنى، لا يعتبر تقيده حتى إذا شرط سكنى رجل بعينه فى الدار، له أن يسكن غيره؛ لأن التقييد لا يفيد، لعدم التفاوت، وما يضر بالبناء، كالحدادة ونحوها خارج بدلالة العادة على ما مر. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن" يعنى لو سمى نوعًا وقدرًا، يحمله على الدابة مثل كر من بر، فله أن يحمل عليها ما هو مثله، وأخف منه فى الضرر، كالشعير والسمسم، وليس له أن يحمل عليها ما أضر منه، كالملح؛ لأنه إذا رضى بشيء يكون راضيا بكل ما هو مثله أو دونه دلالة، دون ما هو أضر منه.

والقياس أن يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان؛ لأنه يتصرف بالأمر، فليس له أن يخالف، ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم لو باع بألف دينار لا ينفذ بيعه، وجه الاستحسان أن التقييد إنما يعتبر أن لو كان مقيدًا، ولا فائدة فى هذه المسألة فى التقييد بكر حنطة، ومنع كر من شعير، بل الشعير أخف منه، فكان أولى بالجواز، حتى لو سمى مقدارًا من الحنطة، فحمل عليها من الشعير مثل ذلك الوزن ضمن؛ لأن للتقييد به فائدة؛ لأن الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة، فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبنًا، هكذا ذكره فى "البناية"، وعزاه إلى "المبسوط".

ثم قال: ذكر شيخ الإسلام فى "مبسوطه": أنه لا يضمن استحسانًا، وقال: وهو الأصح؛ لأن ضرر الشعير فى حق الدابة عند استواءهما وزنًا أخف من ضرر الحنط؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة، فيكون أخف عليهما بالانبساط، قال: وبه يفتى الصدر الشهيد.

ولو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدًا، أو ملحًا، أو آجرًا يضمن؛ لأنه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها، فيضرها أكثر، وكذا إذا حمل عليها مثل وزن الحنط قطن يضمن؛ لأنه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من الحنطة، فصار كما إذا حمل عليها تبنًا أو حطبًا، فحاصله أن الشيئين متى كان فى كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الإذن فى أحدهما الإذن فى الآخر، وإن كان هو.

أى وما هو أخف منه فى الضرر والحديد أى وإن هلكت الدابة
حمل مثله، وأخف، لا أضرّ كالملح، وإن[١] عطبت بالإرداف،
المستأجر إلى نصف قيمة الدابة أى وإن عطبت بالزيادة. أى ضمن ما زاد الثقل
ضمن النصف، وبالزيادة[٢] على الحمل المسمى[٣] ما
أى بضرب الدابة بالجر أى يضمن أيضًا بنزع السرج الذاتية
زاد، وبالضرب[٤] والكبح[٥]، ونزع السرج، والإكاف[٦]

أخف ضررًا من وجه آخر . (الزيلعى)

(٥)أى للمستأجر يحملها على الدابة التى استأجرها .

(١) قوله : "وإن" يعنى إذ استأجر دابة، فأردف عليها غيره ضمن نصف القيمة، ولايعتبرها بالثقل ؛ لأن الدابة يعقرها الركب الخفيف، ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية، ولأن الآدمى غير موزون، فلا يمكن معرفته بالوزن، فيتعلق الحكم بالعدد، كالجناية فى باب الجناية .

هذا إذا كانت الدابة تطيق حمل الاثنين، وإن كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها، ذكره فى "الكافى" قالوا هذا إذا كان الرديف يستمسك بنفسه، وإن كان صغيرًا لا يستمسك بنفسه، يضمن بقدر ثقله، قال فى "البناية" : قيّد بالرديف احترازًا عما حمله إذا عاتقه، فإنه يضمن جميع القيمة ؛ لأن ثقله مع الذى حمله يجتمعان فى مكان واحد، فيكون أشق على الدابة .

وقال الحدادى : الرديف مثال، وليس بقيد حتى لو جعل المستأجر نفسه رديفًا وغيره أصيلا، فالحكم واحد . (التكملة)

(٢) قوله : "وبالزيادة" يعنى إذا استأجر دابة ليحمل عليها قدرًا، فحمل عليها أكثر منه، فعطبت، يضمن ما زاد بالثقل ؛ لأنها هلكت بما دون وغيره، فتقسم عليها، هذا إذا كانت الدابة تطيق ذلك، فلو كانت لا تطيق مثله، يضمن جميع قيمته ؛ لعدم الإذن فيه .

هذا إذا حمل المستحق زاد عليه، وإن حمل عليها غيره، فهلكت واجب عليه جميع القيمة لعدم الإذن .

قال : ونوقض بما إذا استأجر ثورًا ليطحن عليه مقدارًا فراد، فهلك، يضمن جميع القيمة، وإن كانت الزيادة من جنسه، وفرق بينهما بأن الطحن يكون شيئًا فشيئًا، فإذا طحن القدر المسمى فقد انتهى الإذن، وبطحن غيره معه، فقد تعدى، فيضمن جميع القيمة . (التكملة)

(٣)بأن سمى قنطارًا مثلا، فحمل عليها أكثر منه، فعطبت يضمن ما زاد الثقل .

(٤) قوله : "وبالضرب" هذه عدة مسائل حكمها واحد، وهو ضمان كل الدابة : الأولى : عطبت الدابة بالضرب والكبح، وهو ضرب الدابة باللجام، وهو أن يجدبها إلى نفسه، وفيها خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه، فقال رحمه الله بوجوب ضمان الكل، وقالا رحمهما الله : بعدم الضمان إذا فعل فعلا معتادًا ؛ لأن المتعارف يدخل تحت المطلق، فكانت هالكة بالمأذون، وله أن الإذن مقيد بشرط السلامة، إذ السوق يتحقق بدونه، وإنما يضرب للمبالغة، فصار كضرب الزوجة، والمرور على الطريق .

والثانية : أنه استأجر حمارًا مسرجًا فزعه، وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمير، أو أكفه بذلك،

أى بمثل ذلك السرج بالجر عطف على قوله: والضرب مالك المتاع
والإسراج بما لا تسرج بمثله، وبسلوك طريق غير ما عينه
حالية بالجر عطف على قوله: وسلوك قال الإتقانى: السماع بلّغ بالتشديد
وتفاوتا، وحمله فى البحر الكل، وإن[1] بلّغ فله الأجر،
أى وضمن بزرع حالية من الأرض على المستأجر أى ويضمن بخياطة
وبزرع[2] رطبة وأذن بالبر ما نقص ولا أجر، وبخياطة[3] قباء

فتلف يضمن جميع القيمة؛ لأن الإذن يتناول ما يسرج بمثله دون ما لا يسرج بمثله، فيكون متعديًا، فيضمن أو أن السرج بسرج يسرج بمثله، لا يضمن.

والثالثة: أنه يجب الضمان إذا عين للمكارى طريقًا، وسلك هو غيره، كان بينهما تفاوت، بأن كان المسلوك أوعر، أو أبعد، أو أخوف، بحيث لا يسلك؛ لأن التقييد صحيح لكونه مقيدًا، فإذا خالف فقد تعدى، فتضمن قيمته إن هلك، وإن لم يهلك، وبلغ، فله الأجر استحسانًا؛ لارتفاع الخلاف، ولا يلزم اجتماع الأجرة والضمان؛ لأنهما فى حالتين؛ لأنه على تقدير السلامة يجب الأجر، وعلى تقدير التلف يجب الضمان، والمحظور اجتماعهما فى حالة واحدة.

والرابعة: أنه لو عين عليه أن يحمله فى البر إن هلك القماش ضمن، وإن سلم فله الأجر؛ لأن التفاوت فيه فاحش، ولهذا ليس للمودع أن يسافر بالوديعة فى البحر، ولو سلم يجب استحسانًا لحصول المقصود، وارتفاع الخلاف. (عز)

(٥) أى بكبحها من كبحت الدابة إذا ردحها وحده ايتها إلى نفسك.

(٦) أى ويضمن أيضًا بنزع السيرج الذاتية.

(١) المكارى بالمتاع إلى المقصد فى المسألتين المذكورتين.

(٢) قوله: "وبزرع" أى من استأجر أرضًا ليزرعها حنطة، فزرعها رطبة ضمن ما نقصت الأرض؛ لأن الرطاب أكثر ضررًا بالأرض من البر؛ لانتشار عروقها فيها، وكثرة الحاجة إلى سقيها، فكان خلافًا إلى شر مع اختلاف الجنس، فيجب عليه جميع النقصان، ولا أجر عليه؛ لأنه لما خالف صار غاصبًا، فاستوفى المنفعة بالغصب، فلا يجب الأجر به.

قال العينى: وإن زرع ما هو أقل ضررًا من البر لا يجب عليه الضمان؛ لأنه خلاف إلى خير، فلا يصير به غاصبًا. (المجمع)

(٣) قوله: "وبخياطة" يعنى إذا أمره أن يخيط ثوبه قميصًا، فخاطه قباءً، فربّ الثوب بالخيار، إن شاء ضمنه قيمة ثوبه، وإن شاء أخذه، ودفع له أجرة مثله، أى مثل القباء، والقباء القرطق الذى يلبسه الأتراك مكان القميص، وهو ذو طاق واحد.

قال ظهير الدين: القميص إذا قد من قبل كان قباء ذا طاق، وإذا خيط جانبًا كان قميصًا، وجه الخير أن القباء قميص من وجه؛ لأنه يشد وسطه، فينتفع به المقاع القميص، فقد وجدت الموافقة والمخالفة، فيميل إلى أى جهتين شاء، لكن يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة. (التكملة والكشف)

حالية أى بخياطة قميص أى ضمن قيمة...إلخ ولا يجاوز به المسمّى
وأمر بقميص قيمة ثوبه، وله(١) أخذ القباء ودفع أجر مثله.

وجه التأخير عن الصحيحة ظاهر

باب الإجارة الفاسدة

المخالف لمقتضى العقد أى وللمؤجر بعد التسليم واستيفاء المنفعة
يفسد(٢) الإجارة الشرط، وله(٣) أجر مثله، لا يجاوز به

---

(١) أى لصاحب الثوب.

(٢) قوله: "يفسد" أى يفسد الإجارة شروط تفسد البيع، وهى الشروط التى لا يقتضيها العقد الذى وقعت فيه؛ لأن الإجارة فى المنافع بمنزلة البيع فى الأعيان، ولذا تقال: وتفسخ، والشروط التى لا يقتضيها البيع تفسده، فكذا الشروط التى لا يقتضيها الإجار نفسدها، وذلك كاشتراط مراحة الدر، وإدخال جذع فى سقفها.

وتفسد أيضًا بجهالة المعقود عليه، كما لو استأجر أرضًا، ولم يذكر أنه يزرعها، أو أى شىء يزرعها، وكذا بجهالة المدة فيما يعلم المنفعة بها، كالدور لاستلزامها جهالة قدر المنفعة، وكذا بجهالة الأجر؛ لأنه كالثمن فى البيع، ولذا يجعله من جنس منفعة المستأجر، كالاستئجار دار السكنى بسكنى دار أخرى، ولبس ثوب بلبس ثوب آخر، وعند الشافعى يجوز؛ لأن المنافع كالأعيان عنده، ومبادلة العين بجنسه، وبخلاف جنسه صحيحة عند المساومة.

ولنا ما حكى أن ابن سماعة كتب إلى محمد وقال: لم لا يجوز إجارة سكنى دار بسكنى دار، فكتب محمد فى جوابه: أنه أطلت الفكرة وأصبت الجرة، وجالبت الحنائى، وكانت منك زلة، أما علمت أن إجارة سكنى دار بسكنى دار كبيع القوهى بالقوهى نسية.

بيانه: أن المعقود عليه ما يحدث من المنفعة، وذا غير موجود فى الحال، فإذا اتحد الجنس، كان كمبادلة شىء بجنسه نسية، والجنس بانفرده يحرم النساء عندنا، بخلاف ما إذا اختلف الجنس؛ لأن النساء فى الجنس المختلف ليس بحرام، كما لو أسلم فوهيا فى مزدى.

فإن قيل: عند اختلاف النوع إن لم يفسد لهذا المعنى يفسد لمعنى آخر، وهو أن بيع الدين بالدين حرام الذى عن الكالئ بالكالئ، قيل الذى تصحبه الباء هو المعقود عليه، وأقيم المحل مقام المنفعة، وهى عين، فيصير الآخر بمنزلة الثمن، فلا يكون غير العين بغير العين، بل يكون عينًا بدين، فذلك جائز. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وله" ترك قيدًا، وهو أن يقول: فإن انتفع فله الأجر، وأشار بقوله: لا يجاوز به المسمى إلى أن الفساد ليس لجهالة المسمى، أو لعدم التسمية، فلو كان الفساد لواحد منهما يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، وكذا إذا كان بعضه معلومًا، وبعضه مجهولا مثل أن يسمى دابة أو ثوبًا، أو عشرة دراهم.

والظاهر من كلام الماتن، والشارح أن الفساد إذا كان لغير جهالة المبدل، لا يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ، بل لا يزاد على المسمى، وليس كذلك؛ لأنه إذا كان البدل معلومًا، وفيه منفعة لأحد المتعاقدين

أى على شرط أنها كل...إلخ العقد واحد

المسمى، فإن أجر دارا كل شهر بدرهم، صح فى شهر

وفسدت فى بقية الشهور أى كل الشهور عدداً فيصح

فقط(١)، إلا أن يسمّى الكل، وكل(٢) شهر سكن ساعة منه

العقد أى فى ذلك الشهر أى الدار العقد وصلية

صح(٣) فيه، وإن استأجرها سنة صح، وإن لم يسمّ أجر كل

أى مدة الإجارة عقد الإجارة فى شهود المدة

شهر، وابتداء(٤) المدة وقت العقد، فإن(٥) كان حين يُهلّ(٦) يعتبر

يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ.

وقال زفر والشافعى: يجب أجر المثل بالغًا ما بلغ فى الكل إذا كان الفساد لجهالة البدل، أو لعدم التسمية.

ولنا أن المنافع غير متقومة بنفسها؛ لأن التقوم يستدعى سابقة الإحراز، وما لا بقاء له لا يمكن إحرازه، فلا يتقوم، وإنما يتقوم بالعقد الشرعى للضرورة، فإذا فسدت الإجارة، وجب أن لا تجب الأجرة؛ لعدم العقد الشرعى، إلا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعًا له ضرورة، فيكون له قيمة فى قدر ما وجد فيه شبهة العقد، وهو قدر المسمى، فيجب فيه المسمى بالغًا ما بلغ، وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد، ولا شبهة عقد، فلا يتقوم، ويبقى على الأصل.

والظاهر من قول المؤلف، وله أجر مثله إنه هو الواجب، وليس كذلك، قال جمهور الشارحين: الواجب فى الإجارة الفاسدة الأقل من أجرة المثل من المسمى، وهو فى "الذخيرة". (التكملة مع حذف)

(١) قوله: "فقط" لأن كلّ إذا دخلت الدار فيما لا نهاية له تنصرف إلى الواحد بعمل بالعموم، وكان الشهر الواحد معلومًا، فصح فيه إذا تمّ، فللكل منهما فسخه لانتهاء العقد الصحيح. (الكشف)

(٢) قوله: "وكل" أى وصحت -الإجارة- أيضًا فى كل شهر يسكن فى أوله، ولم يكن للموجر أن يخرجه إلى أن ينقضى إلا بعذر، وبه قال أحمد؛ لأنه بهذا القدر من السكنى صار معلومًا، فيتم العقد فيه، فكان كالبيع بالمغاطاة، والمراد بأول الشهر عرفًا، وهو الليلة الأول من الشهر، ويومها، وهو ظاهر الرواية، وبه يفتى. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "صحّ" يعنى بعد ما سمى الأجر جملة؛ لأن المنفعة صارت معلومة ببيان المدة، والأجرة معلومة، فيصح وإن لم يبين قسط كل شهر، كما إذا استأجر شهرا له، ولم يبين حصته كل يوم، فإذا صح وجب أن تقسم الأجرة على الأشهر على السواء، ولا يعتبر تفاوت الأسعار باختلاف الزمان. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وابتداء" يعنى ابتداء مدة الإجارة من وقت العقد؛ لأن الأوقات كلها فى حكم الإجارة، سواء، وفى مثله يتعين الزمان الذى يعقب السبب، كما فى الآجال، بأن باع إلى شهر، والإيمان بأن حلف لا يكلم فلانًا، حيث اعتبر فيهما الابتداء بعد الفراغ من التكلم فلان هذا، بخلاف ما إذا قال: لله علىّ أن أصوم شهرا، فإنه لا يتعين ابتداءه؛ لأن الأوقات فى الصوم ليست سواء، فإنه لا يجوز

الأهلة، وإلا(١) فالأيام(٢)، وصحّ(٣) أخذ أجرة الحمام، والحجام،

أى إنزاءه على الأنثى

لا(٤) أجرة عسب التيس.

يعنى لا يجوز أخذ الأجرة على هذه الأشياء.

والآذان(٥) والحج والإمامة، وتعليم القرآن والفقه،

فى الليل، ولا يصير شارعًا فيه إلا بالعزيمة، فلا يتعين عقب السبب. (الطحطاوى والزيلعى)

(٥) قوله: "فإن" أى فإن كان العقد حين يهل، أى يبصر الهلال بصيغة المجهول، والمراد: اليوم الأول من الشهر، وفيه نظر؛ لأنه ليس حين يهل الهلال، بل هو أول الليلة الأولى من الشهر. (الشلبى عن الإتقانى)

اعتبر الأهلة فى شهور السنة كلها؛ لأنها هى الأصل فى الشهور، قال تعالى: ﴿يَسْأَلُونَكَ عَنِ الأَهِلَّةِ قُلْ هِيَ مَوَاقِيْتُ لِلنَّاسِ﴾، وإلا أى وإن لم يكن العقد حين يهل، بأن كان فى أثناء الشهر، فالأيام، أى فالمعتبر فى شهور السنة كلها الأيام، وهذا عند أبى حنيفة، وهو رواية عن أبى يوسف، وقول للشافعى، ورواية عن أحمد.

وعند محمد وهو رواية عن أبى يوسف، وقول للشافعى، ورواية عن أحمد: الشهر الأول بالأيام، ويكمل من الشهر الأخير، والباقى بالأهلة؛ لأن الأصل فى اعتبار الشهور الأهلة، والأيام يصار إليها ضرورة، ألا ترى إلى قوله عليه السلام: «صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فإن غم عليكم فأكملوا عدة شعبان»، والضرورة فى الأول من الشهور، فيكمل من أيام الشهر الأخير، ويعتبر فيما بينهما بالأصل.

ولأبى حنيفة أنه لما وجب تتميم الأول بالأيام قبل ابتداء الثانى، وجب تتميمه من الثانى؛ لأنه متصل به فابتدئ الثانى بالأيام ضرورة، وهكذا إلى آخر المدة. (شرح النقاية)

(٦) بضم ففتح، أى يبصر الهلال، والمراد اليوم الأول من الشهر.

(١) أى وإن لم يكن حين يهلّ بل كان بعد مضى شىء من الشهر.

(٢) أى فتعتبر الأيام فى الشهور بالعدد، وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون. (العينى)

(٣) قوله: "وصح" فلتعارف الناس، وقد روى الحاكم فى "مستدركه": عن عبد الله بن مسعود أنه قال: ما رآه المسلمون حسنًا فهو عند الله حسن وما فيها من الجهالة ساقط؛ لمكان الضرورة، وأما الحجام فمنع أحمد إجازته؛ لما أخرجه مسلم عن رافع بن خديج، أن رسول الله ﷺ قال: «كسب الحجام خبيث».

ولنا ما روى الشيخان عن ابن عباس: «أن النبى ﷺ احتجم وأعطى الحجام أجرته»، زاد البخارى فى لفظ لو كان حرامًا لم يعطهِ، ولمسلم: ولو كان لم يعطهِ، وذلك أنه كما لا يحل لأحد أكل الحرام، لا يحل له دفعه إلى غيره ليأكله، وكره كسبه عثمان وأبو هريرة والحسن والنخعى؛ لما روينا فى "مسند أحمد": أن محيصة سأل النبى ﷺ عن كسب حجام له فنهاه، فلم يزل يكلمه حتى قال: اعلفه فأضحك وأطعمه رقيقك. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "لا" أي و لا تصح الإجارة لعسب التيس، وهو نزوه على الإناث، لما روى البخاري وأبو داود والترمذي والنسائي عن ابن عمر: «أن النبي ﷺ نهى عن عسب التيس»، وفي "مسند أحمد": «نهى عن عسب الفحل». (شرح النقاية)

(٥) قوله: "والأذان" في "شرح النقاية": ولا تصح الإجارة للعبادات، في "شرح الوافي": والمذهب عندنا أن كل طاعة يختص بها المسلم، فالاستئجار عليها باطل كالأذان والحج والإمامة وتعليم القرآن وتعليم الفقه، وهو نص أحمد، وقول عطاء والضحاك والزهري والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعي والشعبي، وقال مالك والشافعي وأحمد في رواية: يصح في كل ما لا يتعين على الأجير فعله، كاستئجار لبناء المسجد حتى لو تعين الإفتاء أو الإمامة على واحد لا يصح إجارته؛ لأنه عليه الصلاة والسلام زوّج رجلا معه من القرآن، وإذا جاز تعليم القرآن عوضًا في باب النكاح جاز في باب الإجارة.

ولأن أبا سعيد الخدري رقى بفاتحة الكتاب، وأخذ قطيعًا من الغنم، واقتسمه هو وأصحابه بأمر النبي ﷺ، وقال رسول الله ﷺ: «إن أحق ما أخذتم عليه أجرًا كتاب الله»، ولأنه يجوز أخذ الرزق من بيت المال، فيجوز الأجر عليه، فإنه بمعناه.

ولأنه قد يحتاج إلى الاستنابة في الحج عمن وجب عليه، وعجز عن فعله، ولا يوجد من يتبرع به.

ولنا ما روى أحمد وإسحاق بن راهويه وابن أبي شيبة وعبد الرزاق من حديث عبد الرحمن بن شبل قال: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «اقرأوا القرآن ولا تأكلوا به ولا تجفوا عنه ولا تغلوا فيه ولا تستكثروا به».

وما روى أبو داود وابن ماجه عن عباده بن الصامت قال: علمت ناسًا من أهل الصفة القرآن وأهدى إليّ رجل منهم قوسًا، فقلت: ليست بمال وأرمي بها في سبيل الله، فسألت النبي ﷺ عن ذلك، فقال: إن أردت أن يطوقك الله طوقًا من نار فاقبلها، وفي رواية: فقلت: ما ترى فيها يا رسول الله؟ فقال: جمرة بين كتفيك تقلدتها أو تعلقتها.

وروى أصحاب السنن الأربعة بطرق مختلفة، فلفظ أبي داود والنسائي عن عثمان بن أبي العاص قال: "قلت: يا رسول الله ﷺ! اجعلني إمام قومي، قال: أنت إمامهم، واتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا".

وروى الترمذي في جامعه مسندًا إلى الحسن عن عثمان بن أبي العاص قال: إن آخر عهد إليّ رسول الله ﷺ أن أتخذ مؤذنًا لا يأخذ على أذانه أجرًا.

وحديث التزويج ليس فيه تصريح بأن التعليم صداق، فلعله زوّجها بغير صداق إكرامًا له، كما زوج أبا طلحة أم سليم على إسلامه، فإن النكاح يصح بدون ذكر المهر، ومع ذلك يجب مهر المثل، وتكون الباء مكان اللام، أي لما معك من القرآن، أو لعل المرأة، وهيئتها له باعتبار ذلك.

ومعنى قوله: أحق ما أخذتم عليه أجر كتاب الله الجعالة في الرقية؛ لأن ذلك في جزاء سياق الرقية، ودائرة الجعالة أوسع من دائرة الإجارة، ولهذا يجوز مع جهالة العمل والمدة، دون الإجارة، أو لأن المأخوذ منه، قطيع الغنم كان كافرًا غير مستأمن، فجاز أخذ ماله، أو إن حق الضعيف واجب ولم يضيفوهم، وأن الرقية ليست بقراءة محضة، فجاز أخذ الأجرة عليها.

كما فى عامة المعتبرات — أى فى هذا الزمان

والفتوى[١] اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن،

أخذ أجرة — كالمزمار والطبل

ولا يجوز[٢] على الغناء والنوح والملاهى، وفسد[٣] إجارة

وأما الرزق من بيت المال، فيجوز لمن يتعدى نفعه؛ لأن بيت المال من مصالح المسلمين، فجرى مجرى الوقف عليهم، بخلاف الأجرة.

وأما الاستنابة عن الحج فللآمر ثواب الإنفاق، وبه يسقط القرض عنه، فيكون الأجرة للخدمة، أو لقطع المسافة، وعلى تقدير أن الأفعال تقع عن الآمر لا تكون إجارة على الحج، بل إنفاقًا عن النائب. (شرح النقاية)

(١) قوله: "والفتوى" وهذا على مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ، استحسنوا ذلك، وقالوا: بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ، ورغبة الناس فيهم، وكانت لهم عطيات من بيت المال، واقتفاد من المتعلمين فى مجازاة الإحسان بالإحسان من غير شرط مروة يعينونهم عن معاشهم ومعادهم، وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفًا من ذهاب القرآن، وتحريضًا على التعليم حتى ينهضوا لإقامة الواجب، فتكثر حفاظ القرآن.

وأما اليوم فذهب ذلك كله، وانقطعت العطيات من بيت المال بسبب استيلاء الظلمة، واشتغل الحفاظ بمعاشهم، وقلّما يعلمون الحسبة، ولا يتفرغون له أيضًا، فإن حاجتهم تمنعهم من ذلك، فلو لم يفتح باب التعليم بالأجر لذهب القرآن، فأفتوا بجوازه لذلك، ورأوه حسنًا، وقالوا: الأحكام قد تختلف باختلاف الزمان.

ألا يرى أن النساء كن يخرجن إلى الجماعات فى زمانه عليه الصلاة والسلام وزمان أبى بكر الصديق رضى الله عنه حتى منعهن عمر رضى الله تعالى عنه، واستقر الأمر عليه، وكان ذلك على الصواب، كما فى "التبين".

وفى "النهاية": يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضًا فى زماننا. (المجمع)

قال العبد الضعيف: وسمعت محمود الأساتذة أنهم وإن أفتوا بجواز هذه الإجارات، لكنها عارية عن الأجور أيضًا، فمن آجر نفسه لهذه، نجا كفافًا لاله، ولا عليه، فاز فوزًا عظيمًا. (عز)

(٢) قوله: "ولا يجوز" قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى فى "شرح الكافى": ولا تجوز الإجارة على شىء من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشىء من اللهو، ولا على الهداء، وقرأة الشعر، ولا غيره، ولا أجر فى ذلك، وهذا كله قول أبى حنيفة، وأبى يوسف ومحمد؛ لأنه معصية ولهو ولعب، والاستئجار على المعاصى واللعب لا يجوز؛ لأنه منهى عنه، وقد أخرج أصحاب السنن عن مسلم بن إبراهيم قال: حدثنا سلام بن مسكين عن شيخ شهداء بأوائل فى وليمة، فجعلوا العيون فحل أبو وائل حياته، وقال: سمعت عبد الله يقول: سمعت رسول الله ﷺ يقول: «الغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء البقل». (الشلبى)

(٣) قوله: "وفسد" اعلم إما أولا فصورة إجارة المشاع أن يؤجر نصيبًا من داره، أو نصيبه من دار مشتركة من غير شريكه، أو من أحد شريكه.

أى المرضعة
المشاع إلا من الشريك، وصح[١] استئجار الظئر بأجرة معلومة،
أى وصح بطعامها
وبطعامها[٢] وكسوتها، ولا يُمنع[٣] زوجها من وطءها، فإن

وأما ثانيًا فالمراد بالشيوع الشيوع الأصلي -هو كالصورة المتقدمة- لا الطارئ، كما إذا استأجر دارًا منها، فمات أحدهما، انتقضت الإجارة فى حصة الميت، وتبقى فى حصة الحى) لأن الطارئ لا يفسد الإجارة فى ظاهر الرواية، وعنه يفسدها.

وعندهما تصح إجارة المشاع مطلقًا، سواء آجر نصيبه شريكه أو غيره؛ لأنه نوع تمليك، فيجوز كالبيع، وبه قال الشافعي ومالك.

وأما ثالثًا: فإن المشايخ اختلفوا على قول الإمام، فقيل: لا ينعقد حتى لا يجب أجر المثل، وهو الصحيح.

وأما رابعًا: فما احتجا به أن للمشاع منفعة، وماله منفعة يرد عليه عقد الإجارة؛ لأنه عقد على المنافع، فكان المقتضى موجودًا، والمانع وهو عدم القدرة على التسليم منتفٍ، لأنه ممكن بالتخلية، أو التهايؤ، ولهذا يجب أجر المثل عند أبى حنيفة رحمه الله، فلو لم يكن له منفعة لما وجب شيء، كما إذا آجر جحشًا أو سجة.

وأجيب عنه بمنع انتفاء المانع، بأن تسليم المشاع وحده لا يتصور؛ لأن التسليم إنما يتم بالقبض، والقبض أمر حسى، لا يرد إلا على المعين، والمشاع غير معين، والتخلية اعتبرت تسليمًا لوقوعه تمكينًا من الانتفاع، وهو الفعل الذى يحصل به التمكن،، ولا تمكن فى المشاع؛ لأن المنفعة كالركوب، والسكنى أمر حسى لابد له من محل حسى، والمشاع ليس بذلك، وإذا لم يحصل التمكن لم يعتبر فعله تمكينًا، والتهايؤ يستحق حكمًا للعقد بواسطة الملك؛ لأنه إنما يستحق حكمًا لملك المنفعة، وملك المنفعة حكم العقد، وحكم الشيء يتأخر عنه، والقدرة على التسليم شرط العقد، وشرط الشيء يتقدم.

وأما خامسًا: فوجه جوازه من الشريك أن كل الانتفاع يحصل على ملكه؛ لأنه سكن جميع الدار، فقد استوفى نصيبه بملكه، ومنفعة نصيب صاحبه بالإجارة، فلا شيوع، والاختلاف فى نسبته لا يضره على أنه لا يصح على رواية الحسن عنه.

وأما سادسًا: فإن أقوالهم اختلفت على المفتى به من المذهب، ففى "المغنى": الفتوى فى إجارة المشاع على قولهما، وفى "الخانية" وغيرها: الفتوى على قول الإمام، وبه جزم أصحاب المتون والشروح، فكان هو المذهب، كما فى "المنح". (عز)

(١) قوله: "وصح" والقياس أنه لا يصح كإجارة البقرة أو الشاة لشرب لبنها، وإجارة البستان ليأكل ثمرة إلا أنها صحت لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهنّ أُجُورَهُنّ﴾، والمراد بعد الطلاق، ولأن ذلك كان قبل النبى ﷺ فأقرهم عليه، والإجماع دلالته على ذلك. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وبطعامها" أى وصح استئجارها بطعامها وكسوتها عند أبى حنيفة، وقالا: لا يجوز وهو قول الشافعي، وهو القياس؛ لأن الأجرة مجهولة، فصار كما إذا استأجرها بهما للطبخ والخبز.

وله أن الجهالة هنا لا تفضى إلى المنازعة؛ لأن العادة جرت بالتوسعة على الإظهار شفقةً على

الظئر / الإجارة / أى على الظئر
حبلت، أو مرضت فسخت[١]، وعليها[٢] إصـلاح طعـام
أى فإن أرضعت الظئر الصبى فى المدة. / أو غذته بطعام / لها
الصبى، فإن[٣] أرضعته بلبن شاة، فلا أجرَ.

إلى رجل نساج / أى استأجر أحدًا / إلى بيته
ولو[٤] دفع غـزلا لينسجـه بنصفـه، أو اسـتأجـره ليحـمل

الأولاد، ولا يستأجرها، بل يعطيها ما طلبت، ويوافقها على مرادها، والجهالة إذا لم تفض إلى المنازعة لا تمنع الصحة، كبيع قفيزة من صبرة طعام، بخلاف الطبخ والخبز وغير ذلك؛ لأن الجهالة فيها تفضى إلى المنازعة، فجريان المماكسة والمضايقة فيها. (الزيلعى والعينى)

(٣) قوله: "ولا يمنع" لأن الوطء حقه، فلا يتمكن من إبطاله، لكن يمنع من الوطء فى منزل المستأجر؛ لأن المنزل حقه. (الكشف)

(١) إذا خافوا على الصبى من لبنها؛ لأن لبن الحامل يفسد الصبى.

(٢) قوله: "وعليها" لأن خدمة الصبى واجب عليها، وهذا منه غرفًا، وهو معتبر فيما لا نص فيه، وغسل ثيابه منه، والطعام والثياب على الولد، وما ذكره محمد رحمه الله من أن الدهن والريحان على الظئر، فهو عادة على الكوفة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "فإن" قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابى فى "شرح الكافى": ولو استأجر ظئر الترضع صبيا فى بيتها، فجعلت توجره بلبن الغنم، وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين، ولها لبن لم ترضعه منه بشىء، أو ليس لها لبن، فلا أجر لها؛ لأنها لم ترضعه أشار إلى أن الإرضاع ما يقع بلبن الآدمى.

وما رواه يكون طعامًا، ولا يكون إرضاعًا، فلم تأت المستحق عليها، فلا تستحق الأجر، فإن جحدت ذلك، وقالت: أرضعته، فالقول قولهما مع يمينها؛ لأن الظاهر أن الصبى لا يبقى إلا إذا أرضع بلبن الآدمى، فكان القول قولها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك، فيؤخذ بها؛ لأنها أقوى، وإن أقاما جميعًا البينة أخذت بنيتها؛ لأنها تثبت استحقاق الأجر عليه، وإن استأجرت له ظئرا، فإن أرضعته كان مثل هذا فى القياس، ولكنى أستحسن أن يكون لها الأجر، وجه القياس أن المعقود عليه إرضاعها، وقد فقد وجه الاستحسان أن المعقود عليه فعل الإرضاع فإذا أتت بنفسها أو بنائبتها تستحق الأجرة، كما فى الخياطة وأشباهها، وتتصدق بالفضل عنها إذا أخذت زيادة لا على عمل منها. (الشلبى)

(٤) قوله: "ولو" هذه ثلاث مسائل تتحد حكمًا، وهو عدم جواز الإجارة: الأولى: أن رجلا دفع إلى نساج غزلا لينسجه ثوبًا بنصف الثوب، أو ثلثه بأن جعل نصف الثوب أو ثلثه أجرة الأجير.
والثانية: أن رجلا استأجر رجلا ليحمل طعامه إلى بيته بقفيز من الطعام المحمول، بأن جعل قفيزًا من الطعام المحمول أجرته.
والثالثة: إن رجلا استأجر خبّازًا ليخبز له اليوم دقيقًا وزنه بكذا درهمًا.
أما الأولى والثانية فلأنه جعل الأجرة بعض الخارج من عمله، فصار فى معنى قفيز الطحان، وقد

بأن جعل القفيز أجرة — من الدقيق
طعامه بقفيز منه، أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم، لم يجز[١]،
أي يقلبها للحرث.
وإن استأجر أرضا على أن يكربها[٢]، ويزرعها لو يسقيها
التجارة — المستأجر بالإجارة — من كريت النهر بالفتح أى حضرته
ويزرعها صح[٣]، فإن[٤] شرط أن يثنيها[٥]، أو يكرى أنهارها،
أى لا يصح فى المسائل الأربع
أو يسرقنها[٦]، أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا، كإجارة[٧]

نهى النبى ﷺ عنه، أخرجه الدار قطنى، ثم البيهقى، وأخرجه أبو يعلى الموصلى فى "مسنده"، وعبد الحق فى "أحكامه".

وهو: أن يستأجر ثوراً ليطحن الحنطة بقفيز من دقيقه، والمعنى أن المستأجر عاجز عن تسليم الأجر، وهو بعض المنسوج، أو المحمول، وحصوله بفعل الأجير، فلا يعد قادراً بقدرة غيره.

وفيه أن الأجرة إنما تجب بعد تسليم العمل، وعند ذلك هو قادر بقدرة نفسه إلا أن يقال: إن وجوب الأجرة، وإن ثبت بعد تسليم العمل لكنه مستنداً إلى أصل العقد، فلا بد من القدرة عنده.

وأما الثالثة ففيه خلافهما، هما يقولان أن المعقود عليه العمل، وذكر اليوم للاستعجال احتيالا لتصحيح العقد، وهو يقول أن المعقود عليه مجهول؛ لأن ذكر اليوم يوجب كون المنفعة معقوداً عليها، وذكر العمل يوجب كونه معقودا عليه، ولا ترجيح، ونفع المستأجر فى الثانى، حتى لا يجب عليه الأجر إلا بتسلم العمل، ونفع الأجير فى الأول لاستحقاقه الأجر بتسليم نفسه فى اليوم، وإن لم يعمل فيه، فيقضى إلى المنازعة. (عز)

(١) وإن حمل فله أجر مثله لا يجاوز بالأجر قفيزاً.

(٢) من كرب الأرض إذا أصلحا بالمحراث، ثم زرعها، ومضارعه يكرب من باب نَصَرَ يَنْصُرُ، ومادته كاف وراء وباء موحدة. (العينى)

(٣) لأن الزرع لا يتأتى إلا بما ذكر، فذكره لا يفسد العقد؛ لأنه من مقتضياته.

(٤) قوله: "فإن" هذه أربع مسائل تتحد فى عدم جواز عقد الإجارة: الأولى: أن رجلا استأجر أرضًا ليزرعها، وشرط عليه صاحب الأرض أن يثنيها المستأجر، والثانية: أنه استأجر أرضًا ليزرعها، وشرط عليه صاحب الأرض أن يكرى أنهارها أى يحفرها، والثالثة: بشرط أن يسرقها، أى يجعل فيها السرقين، والرابعة: أن رجلا استأجر أرضًا ليزرعها، وجعل أجرها زراعة أرض أخرى.

أما عدم الجواز فى الثلاثة الأول فلأن أثر التثنية وكرى الأنهار والسرقنة يبقى بعد مضى عقد الإجارة، فيكون عقداً فيه نفع لصاحب الأرض، وهو شرط لا يقتضيه العقد، فيفيد، وأما الأخيرة فلأنه يكون بيع الشىء بجنسه نسيئة وهو حرام، كما عرف فى موضعه، وفرغنا من تحقيقه فيما قبل. (عز)

(٥) من الاثناء، وهو أن يعيد الحرث بالمحراث بعد الحرث الأول مبالغة فيه. (العينى)

(٦) من سرقنت الأرض إذا جعلت أى الأرض فيها السرقين.

السكنى بالسكنى.

وإن استأجره(١) لحمل طعام بينهما، فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من المرتهن، فإن استأجر(٢) أرضًا، ولم يذكر أنه يزرعها، أو أى شيء يزرع، فزرعها، ومضى(٣) الأجل، فله(٤)

(رجل) (أى المستأجر) (أي أو لم يذكر أنه أى...إلخ)

(٧) قوله: "كإجارة [أى كما لايجوز إجارة. . . إلخ]" يعنى لا يجوز إجارة السكنى بالسكنى؛ لأن الجنس بانفراده يحرم النساء. (التكملة)

(١) قوله: "وإن استأجر" مسألتان متحدتان فى عدم وجوب الأجر: الأولى: إن طعامًا كان مشتركًا بين شريكين، فاستأجر أحد الشريكين صاحبه لحمله، لا يستحق الحامل الأجر، خلافًا للشافعى.

ولنا أنه ما من جزء يحمله إلا وهو شريك فيه، فيكون عاملا لنفسه، فلا يتحقق التسليم، والثانية أن المرتهن استأجر الراهن لحمل المرهون لا يستحق الراهن الأجر من المرتهن؛ لأنه ملكه، والمرتهن ليس بمالك ليوجره.

فإن قلت: لما كان المحمول مشتركًا، كان الحمل مشتركًا أيضًا، قلت: يستحيل وقوع الحمل مشتركًا لأنه عرض لا يتجزأ، غاية الأمر أنه يمكن جعله عاملا للغير بتمام عمله، لكن جعله عاملا لنفسه أولى؛ لأن الأصل أن يعمل الإنسان لنفسه. (عز)

(٢) قوله: "فإن استأجر" هذه المسألة من مسائل ا"لجامع الصغير"، وصورتها: فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يواجر الأرض، ولم يسمّ أنه يزرع فيها شيئًا، قال: الإجارة فاسدة، فإن اختصما قبل أن يعمل فيها أفسدتها، وإن زرعها، ومضى الأجل، فله الأجر الذى سمى، إلى هنا لفظ أصل "الجامع الصغير".

وكان القياس أن يذكر هذه المسألة فى أول ما يجوز من الإجارة عند ذكر مسألة القدورى، وهى قوله: ويجوز استئجار الأراضى للزراعة، ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها، ولكن مع هذا لا يحمل المسألة على التكرار؛ لأن فى مسألة "الجامع الصغير" فائدة، وهى قوله: وإن زرعها، ومضى الأجل، فله الأجر الذى سمى. (الشلبى)

(٣) أو لم يمض فالتقييد بالمضى ليس؛ لأنه شرط انقلاب العقد صحيحًا، بل لتوجه طلب الأجرة؛ لأنه إنما يتوجه بعد مضى الأجل، وفيه تقدم أنه من المصنف رحمه الله فى أوائل كتاب الإجارة أن لرب الدار والأرض طلب الأجر كل يوم، إلا أن يقال: إن مراد الشارح بالأجل الطلب لا أصل عقد الإجارة، فليراجع. (الكشف وحاشيته)

(٤) قوله: "فله" لأن الأرض تستأجر للزراعة، وبغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم، وكذا ما يزرع فيها مختلف فبعضه أقل ضررًا بها من بعض، فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها، ويبين جنس ما

بدينار مثلاً

المسمى، وإن استأجر حمارًا إلى مكّة، ولم يسمّ ما يحمل[١]،

على مثله عادة أي هلك في الطريق الحمار معه أي فللمؤجر

فحمل ما يحمل الناس، فنفق لم يضمن[٢]، وإن بلغ مكة، فله

استحسانًا أي تنازعا وتخاصما أي المؤجر والمستأجر في المسألة السابقة

المسمى، فإن[٣] تشاحّا[٤] قبل الزرع والحمل[٥] نقضت الإجارة

دفعًا[٦] للفساد.

يزرع فيها، فإن زرعها ومعنى الأجل جاز استحسانًا، والقياس أن لا يجوز، وهو قول زفر؛ لأنه وقع فاسدًا، فلا ينقلب جائزًا، وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد، فينقلب جائزًا، كما إذا أسقط الأجل المجهول قبل مجيئه، والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجيء اليوم الرابع، وهما على الخلاف. (الزيلعي)

(١) عليه فالإجارة فاسدة، فإذ حمل... إلخ.

(٢) قول: "لم يضمن" لأن العين أمانة في يده، وإن كانت الإجارة فاسدة؛ لأن الفاسد يعتبر بالصحيح لكونه مشروعًا من وجه، فلا يضمن ما لم يتعدّ، فإذا تعدى ضمن، ولا أجر عليه. (التكملة)

(٣) فإن قال المؤجر: ازرع فيها البر أو احمل عليه برًا، وقال المستأجر: بل أزرع فيها رطبة أو حمل عليه حديدًا. (الكشف)

(٤) قوله: "وإن تشاحّا" أي وإن اختصما، أي المؤجر والمستأجر قبل الزرع في مسألة استئجار الأرض بلا ذكر الزرع، وقبل الحمل في مسألة استئجار الحمار، نقضت الإجارة للفساد؛ لبقاءه قبل ارتفاع الجهالة بالتعيين ما يزرع في المسألة السابقة، وبالحمل في هذا، فلو اختصما بعد الزرع أو الحمل، لا يقضى بنقض العقد؛ لعدم الإمكان، بل يبقى على ما كان، فلا يندفع الفساد في المسألة السابقة إلا بمضي الأجل، وبالبلوغ في المسألة الثانية.

(٥) أي وقبل الحمل على الحمار في هذه المسألة.

(٦) قوله: "دفعًا" الأولى أن يقول: رفعًا بالراء لا بالدال؛ لأن الدفع بالدال قبل التحقيق والثبوت، والرفع بعده، وهو المناسب هنا. (الطحطاوي بحذف)

وهو من يؤجر نفسه ، وهو على كل نوعين

باب(١) ضمان الأجير

أى وصفته أنه لاالخ

الأجير(٢) المشترك من(٣) يعمل لغير واحد، ولا

وحكمه أنه أمين

يستحق(٤) الأجر حتى يعمل، كالصبّاغ والقصّار، والمتاع(٥)

(١) قوله: "باب" لمّا فرغ من ذكر أنواع الإجارة صحيحها وفاسدها، شرع فى بيان الضمان؛ لأنه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الإجارة، فيحتاج إليى بيانه . (الشلبى)

(٢) قوله: "الأجير" قال المصنف: والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى . . . اهـ.

قلت: إنما قدّمه لكثرته، أو لكثرة الانتفاع به، قال الحموى: ولما كان له أن يعمل لأشخاص لكون المعقود عليه عمله، أو أثره سمى مشتركًا . (الطحطاوى)

(٣) قوله: "من" معناه أن لا يختص بواحد عمل لغيره، أو لم يعمل، ولا يشترط أن لا يكون عاملا لغير واحد، بل إذا عمل لواحد أيضًا فقط، فهو مشترك إذا كان لا يمتنع، ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره، والأوجه أن يقال: الأجير المشترك من يكون عقده واردًا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض، والأجير الخاص من يكون العقد واردًا على منافعه، ولا تصير منافعه معلومة إلا بذكر المدة، أو بذكر المسافة، ومنافعه فى حكم العين، فإذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لإنسان لا يتمكن من إيجابها لغيره، بخلاف الأجير المشترك؛ لأن المعقود عليه فيه هو الوصف الذى يحدث فى العين بعمله، فلا يحتاج إلى ذكر المدة، ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره؛ لأن ما استحقه الأول فى حكم الدين فى ذمة . (المجمع وز)

(٤) قوله: "ولا يستحق" يعنى الأجير المشترك لا يستحق الأجرة إلا إذا عمل؛ لأن الإجارة عقد معاوضة تقتضى المساواة بينهما، فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض، والمعقود عليه هو العمل، أو أثره، فلا بد من العمل . (الزيلعى بحذف)

(٥) قوله: "والمتاع" أى والمتاع فى يده، أى فى يد الأجير أمانة لا يضمن إن هلك المتاع من غير فعله عند الإمام، وهو قول زفر وحسن بن زياد قياسًا، سواء هلك بأمر يمكن التحرّز عنه، كالسرقة والغصب، أو لا يمكن التحرز عنه، كالحريق الغالب، والعدو المكابر؛ أن العين أمانة فى يده لحصول القبض بإذنه، فلا يكون الحفظ مقصودًا بالذات، ولذا لا يقابله الأجر؛ لأن الجر بمقابلة العمل أو الوصف، بخلاف المودع بأجر؛ لأن الأجر بمقابلة العمل أو الوصف، بخلاف المودع بأجر؛ لأن حفظه مقصود حتى يقابله الأجر . (المجمع)

في يده غير مضمون بالهلاك، وما[١] (مبتدأ، أي المتاع الذي) تلف بعمله (من غير تعدّ)، كتخريق الثوب من دقّه وزلق الحمال، وانقطاع حبل يشد (المكاري) به الحمل وغرق السفينة من مدّه مضمون (في الجميع، خبر)، ولا يضمن[٢] به بني آدم (أي دية بني آدم)، فإن انكسر[٣] دن (الراقود العظيم لا يقعد إلا أن يحفر له، جمعه دِنَان) في الطريق، ضمن الحمال قيمته في مكان

(١) قوله: "وما" أي والذي تلف بعمل الأجير المشترك مضمون، كما إذا استأجر قصاراً لغسل الثوب، فخرق الثوب من دقه على الخشب، أو الحجر، أو استأجر حمّالا ليحمل له، وكذا إلى موضع كذا، فحمله فزلق الحمال في الطريق، أو انقطع حبله الذي يشد به الحمل، أو استأجر سفينة ليحمل عليه متاعه، فغرقت السفينة من يد الملاح، خلافًا لزفر والشافعي؛ لأنه أمره بالفعل مطلقًا، فينتظم بنوعيه المعيب والسليم.

ولنا أن الإذن إنما يثبت ضمنا للعقد، والعقد إنما انعقد على المعقود عليه السليم، كما هو المقتضى عند المعاوضة، فالعمل المفسد غير معقود عليه، فلا يكون مأذونًا.

وقوله: عمله شامل لعمله بنفسه ولعمل أجيره؛ لأنه عمله حكمًا، قال في "المحيط"، ثم الأجير المشترك إنما يضمن ما تلف في يده بشرائط ثلاثة: الأول: أن يكون في قدرته دفع ذلك الفساد، فلو لم يكن له قدرة على ذلك، كما غرقت السفينة من موج أو ريح، أو جبل صدمها، لا ضمان على الملاح.

الثاني: أن يكون محل العمل مسلمًا عليه بالتخلية، فلو لم يكن محل العمل مسلمًا إليه، بأن كان رب المتاع في السفينة، أو وكيله، فانكسرت السفينة بجذب الملاح لم يضمن.

وأما الثالث: وهو أن يكون المضمون مما يجوز أن يضمن بالعقد، فلو استأجر دابة الحمل عبد صغير أو كبير، فلا ضمان على المكاري فيما عطب من سوقه أو قودم (عز)

(٢) قوله: "ولا يضمن" يعني ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وإن كان بسوقه وقوده؛ لأن ضمان الآدمي لا يجب بالعقد، وإنما يجب بالجناية، ولهذا لا تتحمله العاقلة إلا إذا كان بالجناية، وقيل: هذا إذا كان كبيراً ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده، وإلا فهو كالمتاع، والصحيح أنه لا فرق. (ز)

(٣) قوله: "فإن انكسر" أي إن استأجر حمالا ليحمل له دنّا على ظهره، أو دابته إلى موضع معلوم بأجر معلوم، فحمل ثم انكسر الدنّ في بعض الطريق، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله منه، ولا أجر له، وإن شاء ضمنه قيمته محمولا في الموضع الذي انكسر، وأعطاه أجره بحسابه.

أما الضمان فلأنه تلف بفعله؛ لأن الداخل تحت العقد عمل سليم، والمفسد غير داخل، فيضمن على ما بينا، وأما الخيار فلأنه إذا انكسر في الطريق، والحمل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه.

فيه الدنّ
حمله، ولا أجر له، أو في موضع انكسر وأجره حسابه.

أي بيطار، والبزّاغ خاصّ بالبهائم، أي لم يتجاوز
ولا يضمن(١) حجّام، أو بزّاغ، أو فصّاد إن لم يتعد الموضع المعتاد، والخاص(٢) يستحق الأجر بتسليم نفسه(٣) في المدة(٤)، وإن لم يعمل، كمن(٥) استؤجر أشهرًا للخدمة، أو لرعي الغنم، ولا يضمن(٦) ما تلف في يده أو عمله.

مثال للأجير الخاص، بدرهم، غير المعينة، هذا من أحكام الأجير الخاصّ، كتخريق الثوب من دقة إذا تعمّد الإتلاف

وله وجه آخر: وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره، فلم يكن تعدّيًا، وإنما صار تعدّيًا عند الكسر، فيميل إلى أي الجهتين شاء، فإن مال إلى كونه متعديًا، ضمن قيمته في الابتداء، ولا يجب الأجر؛ لأنه تبين أنه كان متعدّيًا من الابتداء، وإن مال إلى كونه مأذونًا فيه في الابتداء، وإنما صار متعدّيًا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر، وأعطاه أجرته بحسابه.

هذا إذا كان الكسر بصنعه، بأن زلق أو عثر، وإن كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر، فلا يضمن عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه؛ لأن المتاع أمانة عنده، وعندهما يضمن قيمته في موضع الكسر؛ لأنه تسليم العمل باتصاله بملكه، فيعطيه أجرته، ولا يخير في هذه الصورة عندهما؛ لأن العين تكون مضمونة على الأجير المشترك عندهما. (الزيلعي)

(١) قوله: "ولا يضمن" لأنه التزمه بالعقد، فصار واجبًا عليه، والفعل الواجب لا يجامعه الضمان، كما إذا حد القاضي، أو عزّر، ومات المضروب بذلك، إلا إذا كان يمكنه التحرز عن ذلك كدقّ الثوب، فأمكن تقييده بالسليم، بخلاف الفصد ونحوه، فإنه يبتنى على قوة الطبع وضعفه، ولا يعرف ذلك بنفسه، ولا يحتمله الجرح، فلا يمكن تقييده بالسليم، وهو غير الساري، فسقط اعتباره إلا إذا جاوز المعتاد، فيضمن الزائد.

هذا كله إذا لم يهلك، وإن هلك يضمن نصف دية النفس؛ لأنه هلك بمأذون وغير مأذون، فيضمن بحسابه، حتى لو أن الختان قطع الحشفة وهو عضو كامل، يجب عليه الدية كاملة، وإن مات وجب نصف الدية، وهي من أندر المسائل، وأغربها، حيث يجب الأكثر بالبرء، وبالهلاك الأقل. (التكملة)

(٢) مرّ تعريف الأجير الخاص فتذكّر.

(٣) لأن المعقود عليه إنما هو المنافع لا العمل، وتسليم المنافع بتسليم العين، كما في فصل الدار.

(٤) أي في مدة العقد، سواء عمل أو لم يعمل مع التمكن بالإجماع.

(٥) قوله: "كمن" اعلم أنه إذا استأجره ليرعى غنمه بدرهم شهرًا فهو أجير مشترك إلا إن قال: ولا ترعى غنم غيري، فهو أجير وحده إذا ذكر المدة أولا، بأن استأجره ليرعى غنمه شهرًا بدرهم، فهو أجير وحدًا إلا إذا قال: ولا ترعى غنم غيري. (الكفاية)

هذا من أحكام الأجير الخاص كتخريق الثوب من دقة إذا تعمّد الإتلاف

لرعى الغنم، ولا يضمن(١) ما تلف فى يده أو عمله.

باب الأجرة(٢) على أحد الشرطين

وصحّ(٣) ترديد الأجر بترديد العمل فى الثوب نوعًا وزمانًا فى الأول، وفى الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا.

---

(١) قوله: "فلا يضمن [الأجير الخاص]" أما الأول: فلأن العين أمانة فى يده؛ لأنه قبضها بإذنه، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ظاهر، وكذا عندهما؛ لأن تضمين الأجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لأموال الناس؛ لأنه يتقبل الأعمال من خلق كثير رغبة فى كثرة الأجرة، وقد يعجز عن القيام بها، فيقعد عنده طويلا، فيجب عليه الضمان إذا هلكت بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى حفظها، وأجير الواحد يعمل فى بيت المستأجر، ولا يتقبّل الأعمال من غيره، فأخذا فيه بالقياس.

وأما الثانى: فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر، فإذا أمره بالصرف إلى ملكه صح، وصار نائبًا منابه، فصار فعله منقولا إليه كأنه فعله بنفسه. (الزيلعى)

(٢) هذه العبارة لا توجد فى كثير من النسخ المعتبرة الموجود عندنا، ولعلها من زيادة بعض النساخين.

(٣) قوله: "وصح" أى يجوز أن يجعل الأجر متردّدًا بين تسميتين بجعل العمل متردّدًا فى الثوب بين نوعى العمل، بأن يجعل له الخيار فيهما مثل أن يقول: إن خطته فارسيا فبدرهم، وإن خطته روميًا فبدرهمين.

أو يجعل العمل فيه متردّدًا بين زمانين، مثل أن يقول: إن خطته اليوم فبدرهم، وإن خطته غدًا فبنصف درهم، فإنه يجوز فى اليوم الأول دون الثانى، وهو معنى قوله: وزمانًا فى الأول، أى فى المتردد بين زمانين يجوز فى الوقت الأول، أو يجعل المنفعة متردّدًا فى دكان، بأن قال: إن سكنته حدادًا فبدرهمين، وإن سكنته عطارًا فبدرهم.

أو قال: ذلك فى بيت أو يجعله متردّدًا بين مسافتين فى الدابة أو بين حملين، بأن قال: آجرتك هذه الدابة إلى بغداد بكذا، وإلى الكوفة بكذا، أو بأن قال: له آجرتكها أنك إن حملت عليها قنطارًا من حنطة فبخمسة، وإن حملت عليها قنطارًا من حديد، فبعشرة.

وكذا لو خيّره بين ثلاثة أشياء جاز، ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا فى البيوع، والمعتبر فيه البيع، والجامع دفع الحاجة، غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا، وفى البيع روايتان، والفرق على أحدهما أن الأجر لا يجب إلا بالعمل، وعند ذلك يصير المعقود عليه، وهو العمل معلومًا، وفى البيع يجب الثمن بنفس العقد، فتتحقق الجهالة على وجه لا يرتفع إلا بإثبات الخيار، وفيه خلاف زفر والشافعى رحمه الله، وقد بيناه فى البيوع. (الزيلعى)

باب إجارة العبد(١)

أى بلا شرط السفر فإن سافر به، فهلك ضمن المستأجر

ولا يسافر(٢) بعبد استأجره للخدمة بلا شرط، ولا يأخذ(٣)

أى لأجل عمل العبد استأجر من نفسه أو صبىّ محجوراً

المستأجر من عبد محجور أجرا دفعه لعمله، ولا يضمن(٤)

(١) وهذه العبارة لا توجد أيضًا فى النسخ الموجودة المعتمد عليها عندنا.

(٢) قوله: "ولا يسافر" لأن مطلق العقد يتناول الخدمة فى الحضر، إذ هو الأعم الأغلب، وعليه عرف الناس، فانصرف إليه، إذ المطلق يقيد بمثل هذا من المتعارف، فلا يكون له أن ينقله إلى خدمة السفر؛ لأنه الأشق، فصار نظير ما لو استأجر فرسًا للركوب وعيّن الراكب، فليس له أن يركب غيره للتفاوت.

وكذا لو استأجر دارًا لسكنى، فإنه ليس له أن يسكن فيه حدادًا؛ لأنه أضر، ومطلق العقد لا يتناوله؛ ولأن مؤنة الرد على المولى، ويلحقه ضرر بذلك، فلا يملك إلا بإذنه، بخلاف العبد الموصى بخدمة، حيث لا يتقيد بالحضر؛ لأن مؤنته عليه، ولم يوجد العرف فى حقه.

ولا يقال: مما ملك المستأجر منافعه ينزل منزلة المولى فيه، وللمولى أن يسافر به، فكذا لهذا؛ لأنا نقول: إنما ملك المولى ذلك لأنه يملك رقبته لا لملك المنفعة، ألا ترى أنه للمولى أن يبيع رقبته، وأن يزوجه، ولا يملك المستأجر ذلك، فكذا ليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك، أو يكون وقت الإجارة متهيّئًا للسفر، وعرف بذلك؛ لأن الشرط ملزم، والمعروف كالمشروط، ولو سافر به ضمن؛ لأنه صار غاصبًا، ولا أجر عليه، وإن سلم؛ لأن الضمان والأجرة لا يجتمعان. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولا يأخذ" معناه لو استأجر شخص عبدًا محجورًا عليه من نفسه، فعمل، وأعطاه الأجر ليس للمستأجر أن يأخذ منه، والقياس له أن يأخذه؛ لأن عقد المحجور عليه لا يجوز، فيبقى على ملك؛ لأنه بالاستعمال صار غاصبًا له، ولهذا يجب عليه ضمان قيمته إذا هلك، ومنافع المغصوب لا يضمن عندنا، فيبقى المدفوع على ملكه، فكان له أن يسترده.

وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالمًا، صار على اعتبار هلاك العبد، والنافع مأذون فيه، فيجوز، فخرج الأجرة عن ملكه، فليس له أن يسترده، وهذا لأن العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى، لا عن تصرف ينفع المولى، ألا ترى أنه يجوز قبوله الهبة بغير إذن المولى لكونه نفعا فى حق المولى.

وجواز الإجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعًا فى حق المولى؛ لأنها إذا جازت يحصل للمولى الأجر بغير ضرر، ولو لم تجز ضاع منافع العبد عليه مجانًا، فتعين القول بالجواز، فإذا جازت الإجارة صح قبض العبد الأجرة؛ لأنه العاقد، وقبض البدل إلى العاقد، ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يسترده منه، بخلاف ما إذا هلك العبد فى حالة الاستعمال، فإنه يجب على المستأجر قيمته، وإذا ضمن صار مالكًا له من وقت الاستعمال فيصير مستوفيًا منفعة عبد نفسه، ولا يجب عليه الأجر. (ز)

(٤) قوله: "ولا يضمن" معناه إذا غصب رجل عبدًا، فأجر العبد نفسه، فأخذ الغاصب من يد

بمعنى الذى مفعول لا يضمن الغاصب
غاصب العبد ما أكل من أجره، ولو وجده ربُّه أخَذَه، وصحّ[(١)]
رجل من غير تعيين دراهم
قبض العبد أجره، ولو آجر عبدَه هذين الشهرين، شهراً بأربعة،
دراهم. العقد على الترتيب المذكور من الشهرين المؤجر والمستأجر
وشهرا بخمسةٍ، صحّ[(٢)]، والأول بأربعة، ولو[(٣)] اختلفا في

العبد الأجرة فأكله، فلا ضمان عليه عند الإمام؛ لأن الضمان إنما يجب بإتلاف مال محرز؛ لأن التقوم به، وهذا غير محرز في حق الغاصب؛ لأن العبد لا يحرز نفسه، فكيف يحرز ما في يده.
كما لو آجره الغاصب، فأخذ أجره، فأتلف، حيث لا ضمان عليه بالاتفاق قبل رده على المغصوب منه، أو تصدقه، وهو أولى لتطرق خبث فيه، خلافًا لهما، أي قالا: يضمن؛ لأنه أكل مال المالك بغير إذنه؛ لأن الإجارة تعتبر صحيحة بعد الفراغ على ما مرّ، فيكون الأجر راجعا إلى مولاه، ولو وجده سيده أخذه في يد العبد أو غيره بالاتفاق؛ لأنه عين ماله، ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك. (المجمع والزيلعي)

(١) قوله: "وصحّ" أي لو قبض العبد أجرته من المستأجر، جاز قبضه بالإجماع؛ لأنه المباشر للعقد، وحقوق العقد ترجع إليه، وتصرفه نفع محض على ما مرّ في عبد غير مغصوب، فصح لكونه مأذونًا له في التصرف النافع، وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الأجر، فإن الخروج من عهدته يحصل بأداءه إلى العبد فيما إذا آجر العبد نفسه، فأما إذا آجره المولى، فليس للعبد ولاية قبض الأجرة؛ لأن العبد ليس بعاقد، ولا بوكيل عن العاقد، وحقوق العقد ترجع إلى العاقد. (الزيلعي والشلبي)

(٢) قوله: "صحّ" لأنه لما قال شهراً بأربعة ينصرف إلى ما يلي العقد، تحريًا للجواز، فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة. (المجمع)

(٣) قوله: "ولو" يعني لو استأجر عبداً شهراً مثلا، ثم قال المستأجر في آخر الشهر: أبق أو مرض في المدة، وأنكر المولى ذلك، لو أنكر استناده إلى أول المدة، فقال: أصابه قبل أن تأتيني بساعة يحكم الحال، فيكون القول قول من شهد له الحال مع يمينه؛ لأن القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر، ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي، فيصلح الظاهر مرجّحًا، وإن لم يصلح حجة.
كما إذا اختلف في جريان ماء الطاحون، وهذا إذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر؛ لأنه لا إشكال فيه؛ لأنه ليس فيه إلا دفع الاستحقاق، والظاهر يصلح له، فإن كان يشهد للمؤجر، ففيه إشكال من حيث إنه يستحق الأجرة بالظاهر، وهو لا يصلح للاستحقاق.
وجوابه: أنه يستحق بالسبب السابق، وهو العقد، وإنما الظاهر يشهد على بقاءه واستمراره إلى ذلك الوقت، فلم يكن مستحقّا بمجرد الظاهر، وهذا لأنهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب، فقد أقر بالوجوب عليه، وإذا أنكره يكون متعرضًا لنفيه، فلا يقبل إلا بالحجة، وعلى هذا لو أعتق جاريته، ولها ولد، فقالت: أعتقتني قبل ولادتي، فهو حر، وقال المولى: : أعتقتها بعدها، فهو رقيق، فالقول قول من كان الولد في يده؛ لأن الظاهر يشهد له. (التكملة)

أى جعل الحال حكم بينهما
إباق العبد ومرضه، حكّم الحال، والقول[1] لرب الثوب فى القميص والقباء والحُمرة والصُفرة والأجر وعدمه.

(١) قوله: "والقول" يعنى إذا اختلف رب الثوب والصانع فى المخيط، بأن قال رب الثوب: أمرتك أن تعمله قباء، وقال الخياط: قميصًا، أو فى لون الصبغ، بأن قال صاحب الثوب: أمرتك أن تصبغه أحمر، فصبغته أصفر، وقال الصباغ: بل أمرتنى بصبغه أصفر، أو فى الأجرة، بأن قال صاحب الثوب: عملته لى بغير أجر، وقال الصباغ بأجر، كان القول فى الكل قول المستأجر.

أما إذا اختلفا فى الخياطة والصبغ؛ فلأن الإذن يستفاد من جهة رب الثوب، فكان أعلم بكيفيته، ولأنه لو أنكر الإذن بالكلية، كان القول قوله، فكذا إذا أنكر الوصف، إذ الوصف تابع للأصل، لكنه يحلف؛ لأنه ادعى عليه شيئًا لو أقر به لزمه، فإذا أنكره يحلف، فإذا حلف فالخياط ضامن، وصاحب الثوب مخير، إن شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول، ولا أجر له، أو قيمته معمولا، فله أجر مثله، ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل؛ لأنه موافق من وجه، وهو فى أصل العمل مخالف من وجه فى الصفة، فيميل إلى أيهما شاء.

وأما إذا اختلفا فى الأجر، فلأن المستأجر منكر، تقوم عمله ووجوب الأجر عليه، والصانع يدعيه، فكان القول للمنكر، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله: إن كان الصانع حريفًا له، أى معاملا له، بأن كان يدفع إليه شيئًا للعمل، ويقاطعه عليه، فله الأجر، وإلا فلا؛ لأن ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على أنه يعمله بأجر، فقام ذلك مقام الاشتراط؛ لأن العادة قد جرت بالدفع للعمل إلى من يخالطه من غير تسمية الأجر للعلم به.

وقال محمد: إن كان الصانع معروفًا بهذه الصنعة بالأجر، وقيام حاله بها كان القول قوله، وإلا فلا؛ لأنه لما فتح الدكان لأجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارًا لظاهر المعتاد، وقولهما استحسان، والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله؛ لأنه منكر، وما ذكراه من الظاهر، لا يصلح حجة للاستحقاق، إذ الظاهر يصلح للدفع لا غير، ألا ترى أن ذا اليد يدفع المدعى باليد، ثم إذا بيعت بحيث ما فى يده دار لا يستحق به الشفعة؛ لما قلنا، والفتوى على قول محمد رحمه الله. (الزيلعى)

وهو نقضها

باب فسخ الإجارة(١)

بالجر أى تفسخ الإجارة أيضًا بخراب الدار المستأجرة.

وتُفسخ بالعيب(٢)، وخراب(٣) الدار، وانقطاع ماء الضيعة

أى وانقطاع ماء الرحى — الإجارة — بلا حاجة إلى الفسخ — المؤجر أو المستأجر — الإجارة

والرحى، وتنفسخ(٤) بموت أحد المتعاقدين إن عقدها

أى لا تنفسخ الإجارة بموته

لنفسه، وإن عقدها لغيره لا، كالوكيل والوصى والمتولّى فى الوقف، وتُفسخ(٥) بخيار الشرط والرؤية(٦) وبالعذر(٧)، وهو

---

(١) ذكر الفسخ الآخر لأن فسخ العقد بعد وجود الاعقد لا محالة، فتنسب ذكره آخر.

(٢) قوله: "بالعيب [الذى أخل بالنفع كدبر الدابة ومرض العبد للخدمة]" لأن المعقود عليه يوجد شيئًا فشيئًا، فصار هذا عيبًا حادثًا قبل القبض، فأوجب الخيار، كما فى البيع، ثم المستأجر إذا استوفى المنفعة، فقد رضى بالعيب، فيلزم جميع البدل، كما فى البيع، وإن أزال المؤجر العيب، فلا خيار للمستأجر. (الكشف)

(٣) قوله: "وخراب" أى تفسخ الإجارة بهذه الأشياء، وهذا يشير إلى أن الإجارة، لا تنفسخ بهذه الأشياء، وقال بعضهم: تنفسخ؛ لأن المعقود عليه، وهو المنافع المخصوصة قد فاتت قبل القبض كهلاك المبيع قبل القبض، والأول أصحّ؛ لأن المنافع قد فاتت على وجه يحتمل العود، فأشبه إباق المبيع قبل القبض أو المستأجر.

هذا وقد روى هشام عن محمد أنه لو استأجر بيتًا، فانهدم فبناه المؤجر، وأراد المستأجر أن يسكنه فى بقية المدة، ليس للمؤجر أن يمنعه عن ذلك، ولا للمستأجر أن يمتنع عنه، فهذا صريح فى عدم الانفساخ، ولكنه يفسخ؛ ولأن أصل المكان صالح بعدم الانهدام للسكنى بضرب الفسطاط، فبقى العقد، لكن لا أجر له لعدم تمكنه من الانتفاع على الوجه الذى قصده بالاستئجار. (الكشف)

(٤) قوله: "وتنفسخ" قال الإتقانى: وذلك لأن المؤجر إذا مات ينتقل الملك منه إلى ورثته، وعند الإجارة اقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر، لا من ملك غيره، فلو بقى عقد الإجارة، يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير، وهذا لا يجوز، وإن مات المستأجر، وعقد الإجارة لنفسه، فكل ماله من المال انتقل إلى ورثته، وعقد الإجارة اقتضى أن تستحق الأجرة من مال المستأجر لا من مال غيره، فلو بقى عقد الإجارة بعد موته، تكون الأجرة مستحقة من مال غيره، وهذا لا يجوز، فتعين بطلان الإجارة لعدم إمكان بقاءه، بخلاف ما إذا عقد الوكيل، أو الوصى أو متولى الوقف، حيث لا يبطل الوقف؛ لأن المعنى الذى قلنا: فى العاقد لنفسه لا يوجد فى العاقد لغيره. (الشلبى)

(٥) قوله: "وتفسخ" يعنى إذا شرطا المؤجر أو المستأجر، خيار الشرط، أو شرط كل منهما خيار

أى موجب العقد الجملة تفسير لزائد

عجز العاقد عن المضى فى موجبه إلا بتحمّل ضرر زائد لم

المستأجر لذلك أى بالعقد واستغنى عن القلع

يستحق به، كمن(١) استأجر رجلا ليقلع ضِرسه، فسكن

الشرط ثلاثة أيام، فله أن يفسخ الإجارة به عندنا، وقال الإمام الشافعى: لا يصح شرط الخيار فى الإجارة؛ لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له، وإن كان المشروط له الخيار المؤجر، لا يمكنه التسليم أيضًا على الكمال؛ لأن المنافع تحدث ساعةً فساعةً.

ولنا أنه عقد معاوضة، ولا يجب قبضه فى المجلس، ويحتمل الفسخ بالإقالة، فيجوز شرط الخيار فيه، كالبيع؛ ولأن الخيار شرط فى البيع للتروية، فكذا فى الإجارة؛ أنها تقع بغتةً من غير سابقة تأمل، فيمكن أن يقع غير موافق، فيحتاج إلى الإقالة، فيجوز اشتراط الخيار فيها، بخلاف النكاح؛ لأنه ليس بمعاوضة، فلا يصح شرط الخيار فيه، بخلاف الصرف والسلم، فلا يصح شرط الخيار فيهما؛ لأنه يمنع تمام القبض المستحق بالعقد، والعقد فيهما موجب للقبض فى المجلس، وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب، فكذا بخيار الشرط للضرورة، بخلاف البيع؛ لأنه يمكن فسخ البيع فى جميع المبيع، فلا ضرورة، ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضى بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة فى المبيع لا يجبر بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة هناك. (التكملة)

(٦) قوله: "الرؤية" أى تفسخ بخيار الرؤية، وقال الإمام الشافعى: لا يجوز استئجار ما لم يرَه للجهالة، قلت: الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت مفضية إلى النزاع، وهذه لا يفضى إليه؛ لأنه إن لم يوافق يرده، فلا يمنع الجواز، فإذا رآه ثبت له خيار الفسخ؛ لأن العقد لا يتم إلا بالرضاء، ولا رضاء بدون العلم، وقال عليه الصلاة والسلام: «من اشترى ما لم يرَه فله الخيار إذا رآه»، ولأن الإجارة شراء المنافع، فتناولها الحديث. (التكملة)

(٧) قوله: "وبالعذر" يعنى تفسخ الإجارة بالعذر الذى هو العجز عن المضى فى موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد، أى بنفس العقد، كمن استأجر . . . إلخ، قال الشافعى رحمه الله: لا تفسخ إلا بالعيب، وإلا بعذر كامل، كما لو اكترى لقلع سنه فبرأ.

ولنا أن المنافع غير مقبوضه، وهى المعقود عليه فالعذر فى الإجارة، كالعيب فى البيع قبل القبض بجامع عجز العاقد عن المضى فى موجبه. (التكملة والكشف)

(١) قوله: "كمن" ذكر شراح "الجامع": أنه يقال: للشافعى رحمه الله فى من استؤجر لقلع سن، أو اتخاذ وليمة، ثم زال الوجع، أو ماتت العرس، فحينئذٍ يضطر إلى الرجوع عن قوله . . . إلخ، فظهر أن القيد ذكر لزيادة الإلزام، فلا مفهوم، ويدل عليه ما قال الحموى فى "المبسوط" إذا استأجره ليقطع يده للأكلة، أو لهدم بناء له، ثم بدا له فى ذلك كان عذرًا، إذ فى إبقاء العقد إتلاف شىء من بدنه، أو ماله، وهذا صريح فى أنه لو لم يكن الوجع يكون له الفسخ. (الكشف)

واستغنى عن القلع / وهو طعام العرس / المرأة

الوجع، أو ليطبخ[١] له طعام الوليمة، فاختلعت منه[٢]، أو

أو استأجر حانوتا بالبيع والشراء / أي افتقر / أي الحانوت مثلا. / سواء كان ثابتا بعيان من الناس.

حانوتا ليتجر فيه فأفلس، أو آجره[٣] ولزمه دين بعيان، أو

أي أو ببينة من الموجر. / حالية / أي سوى الحانوت

ببيان، أو بإقرار، ولا مال له سواه، أو استأجر[٤] دابة للسفر،

فبدا له منه، لا[٥] للمكارى.

مسائل متفرقة[٦]

المستأجر / وعدم الضمان في المملوكة بالأولى

ولو أحرق حصائد[٧] أرض مستأجرة، أو مستعارة،

---

(١) أى واستأجر رجلا ليطبخ . . . إلخ .

(٢) أى من الرجل الذى هو الزوج .

(٣) قوله : "أو آجره" إنما جمع بين هذين ليبين أنه لا فرق فى ثبوت الدين بين الأعيان والبيان والإقرار ، فإنه يلزم الدين فى الكل ، فيحبس عليه ، ويلازم عليه ، كما تقرر فى كتاب الدعوى . (التكملة)

(٤) قوله : "أو استأجر" أى لو استأجر دابة إلى بغداد ، ثم بدا له أن يقعد عن السفر ، أو اكترى إبلا للحج ، ثم بدا له أن لا يحج من علمه ذلك ، أو مرض وعجز عن السفر ، كان عذرًا . (ط)

(٥) قوله : "لا" يعنى ليس بعذر إذا بدا ما لو يوجب المنع من السفر للمكارى ، كما إذا وجد زيادة على الأجرة التى آجر بها ، وإن كانت أضعافًا ، أو انهدم منزله ، ولم يكن له منزل آخر ، فأراد أن يسكنه ، فليس له نقضها ، أو أراد التحول من المصر ؛ لأنه لا يخرج المنزل مع نفسه ، فلا يلحقه ضرر فوق ما التزمه بالعقد ، أو عرض له مرض لا يستطيع الشخوص مع دابته أو حبه غريم ، أما إذا أراد نقض إجارتها وبيعها ؛ لأنه لا نفقة له ولعياله ، فله ذلك ، كما فى "الكبرى" ، ولو أراد أن يبيع المنزل الذى آجره ، لربح ظهر له فى بيع المنزل لم يكن له أن يفسخ الإجارة . (العينى والطحطاوى)

(٦) ما وجدنا هذا العنوان أيضًا فى نسخة إلا فى النسخة الأحدية ، ولا أخذه أحد من الشراح .

(٧) قوله : "حصائد [أى ما يبقى فيها من أصول القصب]" الحصائد جمع حصيدة ، وحصيد ، وهما الزرع المحصود ، والمراد هنا ما يبقى من أصل الزرع فى الأرض ، ولا يخفى أن هذه المسألة حقها أن تذكر فى الجنايات . (التكملة)

فاحترق شيء في أرض غيره لم يضمن[١]، وإن[٢] أقعد خيّاطٌ أو صبّاغٌ في حانوته من عليه العمل بالنصف صح[٣]، وإن استأجر جملا ليحمل عليه محملا[٤]، وراكبين إلى مكة صح، وله الحمل المعتاد، ورؤيته[٥] أحب، ولمقدار[٦] زاد، فأكل منه

بسبب إحراقه — سواء اتحد العمل أم اختلف كخيّاط أو صبّاغ — أي هذا الفعل — يقعدان فيه — أي وللمستأجر — بين الناس — أي رؤية صاحب الجمل المحمل — في الطريق

(١) قوله: "لم يضمن" لأنه غير متعدّ، كحافر البئر في دار نفسه، هذا إذا كانت الرياح هاونة - من بدن إذا سكن [مجمع]- ثم تغيرت، أما إذا كانت مضطربة يضمن؛ لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه. (الكشف)

(٢) قوله: "وإن" قال ملا مسكين: صورته: خيّاط أو صبّاغ أقعد في حانوته خياطًا أو صباغًا على أن يتقبل العمل، ويطرح، ويكون الأجر بينهما نصفين... اهـ، فهذا العقد صحيح استحسانًا لا قياسًا، وقال الطحاوي: القياس عندي أولى من الاستحسان.

ووجه القياس أنه استئجار بنصف ما يخرج من عمله، وهو مجهول، كقفيز الطحّان، ووجه الاستحسان شركة الوجوه لا شركة الصنائع، كما قاله صاحب "الهداية"، ورده الزيلعي بأن شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا شيئًا لوجوههما ويبيعا، وليس في هذه بيع ولا شراء، بل هي شركة الصنائع، وهو أن يكون العمل عليهما، وإن كان أحدهما يتولى العمل بحذاقته، والآخر يتولى القبول بوجاهته، فيكون العمل واجبًا عليهما، والقبول جائز لهما، إذ ليس في كلامهما إلا تخصيص أحدهما بالتقبل، والآخر بالعمل، وتخصيص الشيء بالذكر لا يدل على نفي ما وراءه... اهـ (عز)

(٣) قوله: "صح" والقياس أن لا يجوز للجهالة، وهو قول الإمام الشافعي، ووجه الاستحسان أن هذه الجهالة تزول بالصرف إلى المتعارف، وله المتعارف من الحمل والزاد والعطاء وغير ذلك مما هو معلوم عند أهل العرف.

لا يقال: هذه متكررة مع قوله: وإن استأجر حمارًا، ولم يسمّ ما يحمل، قلنا: هناك لم يبين ما يحمل، فكانت الجهالة فاحشة، وهنا بين ما يحمل، فكانت يسيرة؛ لأنه بين الحمل، ولم يبين قدره. (التكملة)

(٤) بفتح الميم الأولى وكسر الثانية، وبالعكس أيضًا، وهو الهودج الكبير الحجابي. (ع)

(٥) قوله: "ورؤيته" أي رؤية المكاري المحمل أجود؛ لأنه أبعد من الجهالة، أو أقرب إلى العلم بتحقق الرضا منه. (الزيلعي)

(٦) قوله: "والمقدار [أي وإن استأجر جملا لحمل مقدار زاد معين]" أي إن استأجر جملا ليحمل عيه مقدارًا من الزاد، فأكل منه في الطريق، رد عوض ما أكل، وقال بعض أصحاب الشافعي: ليس له أن يرد عوض ما أكل؛ لأن عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد، ولا يردون بدله، والمطلق يحمل على

أي عوض ما أكل
ردّ عوضه، وتصح[١] الإجارة وفسخُها، والمزارعة والمعاملة

المتعارف، بخلاف الماء، حيث لا يكون له الرد إذا نفذه عنده؛ لأن العرف بينهم جرى برده عند نفاده.

ولنا أنه استحق عليه حملا مقدراً في جميع الطريق، فله أن يستوفيه، وصار كالماء، والعرف مشترك، فإن بعض المسافرين يردون، فلا يلزمنا عرف البعض، أو يحمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا عنه، فلا يلزم حجة، ولهذا يرده بعضهم، وهم المحتاجون إليه. (الزيلعي)

(١) قوله: "وتصح" أي تصح هذه العقود التي سماها الشيخ من الإجارة وفسخها إلى غير ذلك مضافة إلى الزمان المستقبل، أما الإجارة فلأنها تنعقد ساعة فساعة، وهذا معنى الإضافة، وفيها يعتبر بها، كما إذا أضاف الإجارة إلى رمضان، وهو في شعبان.

وكما إذا قال: فسختك هذه الإجارة رأس الشهر، أو قال: إذا جاء رأس الشهر، فقد فسختك، لم يجز على ما عليه من الفتوى، وعن صاحب "المحيط": أنه لا يصح إجماعًا.

وأما المزارعة فكما إذا قال وهو في شعبان: زراعتك أرضي من أول رمضان كذا.

وأما المعاملة وهي المساقاة، إذا قال: ساقيتك بستاني من أول رمضان وهو في شعبان بكذا؛ لأن المعاملة والمزارعة إجارة، فتعتبر بالإجارة.

وأما المضاربة: كما إذا دفع عشرة دراهم إلى فلان، وقال بعد ما صارت بالعشرة عشرين: اعمل به مضاربة بالنصف، فإنه لم يصر مضاربًا إلا عند صيرورتها عشرين درهمًا.

وأما الوكالة كما إذا قال: بع عبدي غدًا، فإنه يصير وكيلا لا يصح تصرفه إلا بعد مجيء الغد؛ فلأنهما من باب الإطلاق، وكل ذلك تجوز إضافته.

وأما الكفالة فكقوله: كفلت بنفس فلان غدًا، وهي التزام المال ابتداء، فتجوز إضافتها وتعليقها بالشرط، كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة، فلا يجوز بالشرط المطلق بل بالشرط المتعارف.

وأما الإيصاء: وهو إقامة الشخص مقام نفسه، بأن قال: جعلت فلانًا وصيًا بعد موتي، فلأن الإيصاء لا يتصور في الحال إلا إذا جعل مجازًا عن الوكالة.

وأما الوصية وهي التمليك بأن يقول: ثلث مالي لفلان بعد موتي؛ فلأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت.

وأما القضاء والإمارة فيجوز تعليقهما بالشرط، وإضافتهما إلى الزمان؛ لأنهما تولية وتفويض، فجاز تعليقهما بالشرط، والأصل في ذلك أنه عليه الصلاة والسلام أمر زيد بن حارثة، ثم قال: إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة.

والفرق بين القضاء والإمارة أن مبنى الإمارة على السلطنة والغلبة، ومبنى القضاء على الأمانة والعدالة.

والملك من ملك إقليما أو إقليمين، والسلطان من ملك ثلاثة فأكثر، والوزارة اسم جامع للمجد والشرف والمروءة، وهي تلو الملك.

وأما الطلاق فكقوله لامرأته: إن قدم فلان فأنت طالق، لا تطلق حتى يجيء.

وأما العتق: فكقوله لعبده: أنت حر إذا جاء رأس الشهر.

والمضاربة والوكالة والكفالة والإيصاء والوصية والقضاء

لأن هذه الأشياء تمليك، وقد أمكن لتخييرها للحال، فلا حاجة

والإمارة والطلاق والعتق والوقف مضافا[١]، لا[٢] البيع وإجازته، وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال، وإبراءُ الدين.

وأما الوقف: فكقوله أرضي هذه موقوفة غدًا، ووجه الصحة في هذه ظاهر مما سبق. (عز)

(١) قوله: "مضافًا" نصب على الحال، وهو قيد للمذكورات كلها، وتقدير الكلام: ويصح كل واحد من الإجارة. . . إلخ حال كونه مضافًا إلى الزمان المستقبل، فعن هذا عرفت أن ذا الحال محذوف، وهو الذي قدرناه. (العيني بحذف)

(٢) قوله: "لا" يعني هذه الأشياء لا تجوز إضافتها إلى الزمان المستقبل، والمراد بها كل ما كان تمليكًا للحال، أما الأول فهو ظاهر، وأما الثاني فكما إذا باع فضولي عبد غيره، فقال المالك: أجزت البيع غدًا، وأما الثالث فهو ظاهر أيضًا.

وأما الرابع: فصورته أن يجعل الشريكان المال حصتين ممتازتين، ثم قال أحدهما: أخذت هذه الحصة بعد شهر، وقال الآخر: أخذت تلك بعد شهر.

وأما الخامس: فالفرق بينهما وبين المضاربة أن مطلق المضاربة يقع مضافًا، فإنه ما لم يربح المضارب لا يكون شريكا، فلم تفسد بالإضافة، بخلاف الشركة.

وأما السادس فكقوله: وهبتك هذا المال غدًا، وأما السابع: فكقوله نكحتك غدًا، ويصح إضافته وتعليقه بأمر كائن، كما إذا قالت: إن لم يكن لي زوج فقد زوجت نفسي، وقبله الرجل، صح إذا خلت عن الزوج وعدته.

وأما الثامن: فكقوله راجعتك غدًا، وأما التاسع: فكقوله: صالحتك غدًا من ألف لي بخمس مائة، وقيّده بالمال، فإن الصلح عن دم العمد يجوز إضافته.

وأما العاشر فكقوله: أبرأتك غدًا عن ديني، وقيده بالدين، فإن الإبراء عن الكفالة يصح عند بعضهم. (عز)

كتاب[1] المكاتب[2]

أى من جهة اليد أى من جهة الرقبة أى فى المستقبل

الكتابة تحرير المملوك[3] يداً فى الحال، ورقبة فى المآل[4]،

أى فلو كاتب رجل يعنى نقد كله. كله إلى شهر، أو إلى سنة مثلا.

كاتب مملوكه ولو صغيراً، يعقل[5] بمال حالٍ أو مؤجل، أو

(١) قوله: "كتاب" أورد عقد الكتابة بعد عقد الإجارة لمناسبة أن كل واحد عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه إلى ذكر العوض بالإيجاب، والقبول بطريق الأصالة، وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعتاق، يعنى قولنا بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض، وقولنا: بطريق الأصالة خرج به النكاح والعتاق على مال، فإن ذكر العوض فيها ليس بطريق الأصالة.

قيل: الأنسب أن يذكر عقيب العتاق؛ لأن الكتابة مالهما الولاء، والولاء حكم من أحكام العتق أيضًا، لكن لا نسلم ذلك؛ لأن العتق إخراج الرقبة عن الملك بلا عوض، والكتابة ليست كذلك، بل فيها ملك لشخص، ومنفعة لغيره، وهو أنسب للإجارة؛ لأن نسب الذاتيات أولى من العرضيات، كما فى "العناية"، لكن فى حاشية المولى سعدى كلام -فليطالع-. (المجمع)

(٢) قوله: "المكاتب" الأنسب أن يقول: كتاب الكتابة، أى لأن علم الفقه يبحث عن فعل المكلف، وهو الكتابة، لا المكاتبة، والمكاتب هو مفعول من كاتب مكاتبة، والمولى مكاتب -بكسر التاء- وأصله من الكتب، وهو الجمع، ومنه كتبت القرية إذا أحرزتها، والكتيبة هى الطائفة المجتمعة من الجيش والكتاب؛ لأنه يجمع الأبواب والفصول والكتابة؛ لأنها يجتمع الحروف، ويسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة؛ لأن فيه ضم حرية اليد إلى حرية الرقبة؛ أو لأن فيه جمعا بين نجمين فصاعداً. (المجمع وط)

(٣) مطلقًا سواء كان قنًا أو أم ولدٍ أو مدبراً.

(٤) قوله: "فى المآل" لأن المكاتب لا يتحرز رقبةً إلا إذا أدى بدل الكتابة، وأما فى الحال فهو حر من جهة اليد حتى يكون أحق بكسبه، ويجب على المولى الضمان بالجناية عليه، أو على ماله، ولهذا قيل: المكاتب طار عن ذل العبودية، ولم ينزل فى ساحة الحرية، فصار كالنعامة إن استطير تباعر، وإن استجمل تطاير، ثم شرط الكتابة أن يكون الرق قائما بالمال، وأن يكون البدل معلوم القدر والجنس. (المجمع)

(٥) قوله: "يعقل" وقال الشافعى: لا يجوز حالا، ولا بد من تنجيم؛ لأنه عاجز عن التسليم فى زمان قليل؛ لعدم الأهلية قبله للرقّ.

ولنا إطلاق نصّ ﴿فَكَاتِبُوهُمْ﴾ ولأن البدن معقود به، فأشبه الثمن، ولأنه مبنى الكتابة على المساهلة، فيمهله المولى ظاهراً. (الكشف)

العبد ذلك وصار مكاتبًا
منجّم(١) وقبل صح، وكذا(٢) إن قال: جعلت عليك ألفًا تؤديه
أى متفرقًا على النجم — من الدراهم — من الدراهم
نجوما أول النجم كذا، وآخره كذا، فإذا أديته فأنت حر،
المكاتب — أى من يد المولى — المولى العقر — المولى
وإلا فقن(٣)، فيخرج(٤) من يده دون(٥) ملكه، وغرم(٦) إن وطئ

(١) أى مقسّط على الأشهر المعلومة.

(٢) قوله: "وكذا" يعنى يكون مكاتبًا بهذا القول الأول، وهذا استحسان، والقياس أن لا يكون مكاتبًا به؛ لأن النجوم فصول الأداء، وله أن يضرب على عبده ما شاء من المال فيما شاء من المدة، وقوله بعد ذلك: إن أديته فأنت حر هو تعليق العتق بأداء المال، وهو لا يوجب الكتابة.

وجه الاستحسان أن العبرة للمعانى دون الألفاظ حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضًا، وبشرط أن يكون لرب المال بضاعة، وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسرًا، فينعقد به، كما إذا أطلق الكتابة، بل أولى؛ لأن المفسر أقوى.

وقوله: إذا أديته فأنت حر لا بد منه؛ لأن ما قبله يحتمل الكتابة، ويحتمل الضريبة، قال فى "المجمع": والضريبة واحدة الضرائب التى تؤخذ فى الأرصاد والجزية ونحوها، ومنه ضريبة العبد، وهى غلبة. (الشلبى)

وبه يترجّح جهته، وإلا فقن، أى إن لم تؤدّه، فأنت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج إليه، كما لا يحتاج إليه فى الكتابة. (الزيلعى)

(٣) وإن لم تؤدّه، فأنت قنّ على حالك.

(٤) قوله: "فيخرج" أى إذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى؛ لأن موجب الكتابة مالكية اليد فى حق المكاتب، ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر، ولو شرط فى الكتابة أن لا يخرج من البلد، لا يصح الشرط؛ لأن المقصود من الكتابة أن يتمكن من أداء المال بالتكسب، وقد لا يتمكن من ذلك إلا بالخروج، فيطلق له الخروج. (ز)

(٥) قوله: "دون" أى لا يخرج من ملك المولى لقوله عليه الصلاة والسلام: هو قن ما بقى عليه درهم؛ ولأنه عقد معاوضة، فيقتضى المساواة، فإذا تم للمولى الملك بالقبض، تم المالكية للعبد أيضًا، وتمام الملك لا يكون إلا بالقبض. (التكملة)

(٦) قوله: "وغرم" اعلم أن المتبادر من الواو فى قوله: وغرم أنه عطف على قوله: ويخرج، وظاهر أنه يعيد بحسب المعنى، فالأولى أن يقال: إنه تفريع على ما بينا من خروج المكاتب من يد المولى، ويؤيده ما قال: فى التكملة، ولو قال: فغرم... إلخ بدل الواو لكان أولى.

وأما وجوب الغرامة فإنها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى، وصار المولى كالأجنبى، فصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل إلى المقصود بالكتابة، وهى حصول الحرية لها، والبدل للمولى بناءً على كونها أحق بمالها ونفسها، ولو لا ذلك لأتلف المولى ما فى يدها، ولم يحصل لها الغرض المبتغى

مكاتبته، أو جنى عليها، أو على ولدها، أو أتلف مالها.

وإن كاتبه(١) على خمر، أو خنزير، أو قيمته، أو عين لغيره، أو مائة ليردّ سيده وصيفًا(٢) فسد، فإن أدّى الخمر عتق(٣)، وسعى(٤) في قيمته، ولم ينقص(٥) من المسمى، وزيدَ

بالكتابة، ومنافع البضع ملحقة الأجزاء، فيجب عليه عوضه، وهو العقر عند إتلافه بالوطء، وانتفى الحد للشبهة. (عز والزيلعى)

(١) قوله: "وإن كاتبه" شروع فى الكتابة الفاسدة بعد الصحيحة؛ لأن الفاسدة تتلوا الصحيحة، والفرق بين الكتابة الجائزة والفاسدة أن فى الفاسدة يرده المولى فى الرق، ويفسخ الكتابة بغير رضاه، وفى الجائزة لا يفسخ إلا رضا العبد، وللعبد أن يفسخ فى الجائز والفاسد جميعًا بغير رضا المولى.

فهنا خمس مسائل، الأولى والثانية: كاتب المسلم عبده المسلم أو الكافر فى دار الإسلام على خمر أو خنزير، والثالثة كاتبه على قيمة نفسه، والرابعة: كاتبه على عين لغيره، والخامسة: كاتبه على مائة ليرد عليه سيده وصيفا، ففى هذه الصور كلها الكتابة فاسدة.

أما فى الأولين فلأنهما لا يستحقهما المسلم، أما فى الثالثة فلجهالتها قدرًا وجنسًا ووصفًا، وجودةً ورداءةً، أما فى الرابعة، فلعدم القدرة على التسليم، والمراد بالعين ما يتعين بالتعيين، فلو كاتبه على هذا الألف الدرهم، وهى لغيره جاز، فيتعلق بالدراهم فى الذمة.

وأما فى الخامسة فقال أبو يوسف: جاز ويقسم المائة على قيمة المكاتب، وقيمة عبد وسط، فتبطل حصة العبد، ويكون مكاتبًا بما بقى.

ولهما أن العبد لايستثنى من الدنانير، وإنما يستثنى معتبر بالتسمية، فكل ما يصح تسميته يصح استثناءه، ومالا فلا. (عز والكشف وحاشية)

(٢) أى عبدًا غير معين، أما لو كان معينًا، فيجوز بالاتفاق بجواز بيعه اتفاقًا، كذا استثناءه.

(٣) قوله: "عتق" أى فإن أدى المكاتب الخمر عتق، وإن لم يطلق بأداءها لتعلق العتق به معنى، وموجبه العتق بأداء البدل؛ لأن العقد منعقد، وإن كان فاسدًا فيعتق بالأداء. (عز)

(٤) قوله: "وسعى" لأنه وجب عليه رد قيمته لفساد العقد، وقد تعذر الرد بالعتق، فيجب عليه رد قيمته، كما فى البيع الفاسد إذا أعتق المشترى المبيع، أو تلف فى يده. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ولم ينقص" هذه المسألة لا تعلق لها بمسألة الخمر، بل مسألة مبتدأة، ومعناها كاتب عبده على ألف وخدمته أبدًا، أو على ألف وهدية، فالخدمة أبدًا والهدية لا تصلح بدلا، فالعقد فاسد، فإذا أدى الألف عتق، فإن كان الألف قدر قيمته لم يبق للمولى عليه سبيل، وإن كان قيمته أكثر رجع عليه السيد بالزيادة، وإن كانت الألف أكثر من قيمته، فلا يعتق إلا بدفعها.

عقد الكتابة   بين جنسه كالفرش   نوعه كالهندى، ولا صفته كالأسود

عليه، وصح(١) لو على حيوان غير موصوف، أو كاتب(٢) كافرٌ

العبد المذكور   أى فللمولى   أى أىّ الاثنين من المولى أو العبد   صح أيضًا

عبدَه الكافر على خمر، وأى(٣) أسلم فله قيمةُ الخمر، وعتق

أى بقبض المولى قيمة الخمر

بقبضها.

ولو كاتبه على ألف ورطل من الخمر، لا يعتق حتى يدفع الألف والرطل من الخمر، كذا فى "المحيط" مختصرًا، قال الشارح: لأنه عقد فاسد، فيجب عليه قيمته بالغة ما بلغت، غير أن المولى لم يرضَ أن يعتقه بأقل مما سمى، فلا ينقص منه إن نقصت قيمته عن المسمى، والعبد يرضى بالزيادة، حتى ينال شرف الحرية، فيزاد عليه إذا زادت قيمته لينال الشرف، وفيما إذا كاتبه على قيمة يعتق بأداءها؛ لأنه هو البدل فى الفاسد، ذكرها أو لم يذكرها، فأمكن اعتبار معنى العتق فيه، وأثر الجهالة فى الفاسد لا فى إبطال العقد، بخلاف ما إذا كاتبه على ثوب، حيث لا يعتق بأداء ثوب؛ لأنه يختلف اختلافًا فاحشًا.

ولو أدى قيمة الثوب لا يعتق إلا إذا علقه، بأن قال: إذا أديت إلىّ ثوبًا، فأنت حر، فيعتق بأداء الثوب، لصريح التعليق. (التكملة)

(١) قوله: "صح" لأنها مبادلة مال بمال من حيث إن العبد مال فى حق المولى، ومبادلة مال بما ليس بمال فى حق نفسه، فتقع الكتابة بين الجواز والفساد، فحملها على الجواز بعد ذكر الجنس لا يضر؛ لكونها يسيرة؛ لأن مبناها على المسامحة.

وقال الشافعى: لا يجوز هذا العقد للجهالة، ولزم المكاتب الوسط، أى الحيوان الوسط، أو قيمته، أى قيمته الوسط؛ لأن كل واحد أصل من وجه، فالعين أصل تسمية، والقيمة أصل أيضًا؛ لأن الوسط لا يعلم إلا بها، فاستويا، فيخيره يجبر المولى على قبول ما أدى. (المجمع بقدر الحاجة)

(٢) قوله: "كاتب" يعنى صح هذا الآخر؛ لأن الخمر مال متقوم فى حقهم، كالعصير فى حق المسلم، فتصح تسميته إذا كان المسمى معلومًا، واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم، فإنه يقع فاسدًا، وتجب فيه القيمة على ما بينا فيما إذا كان المولى مسلمًا. (ز)

(٣) قوله: "وأى" أى وأى من السيد وعبده أسلم، فللسيد قيمتها، أى قيمة الخمر؛ لأن المسلم ممنوع عن تمليك الخمر، وتملكها، وعتق العبد بأداء عينها، أى الخمر؛ لأن الكتابة عقد معاوضة، وسلامة أحد العوضين لأحدهما يوجب سلامة العوض الآخر للآخر، وإذا أدى الخمر عتق أيضًا؛ لتضمن الكتابة تعلق العتق بأداء الخمر، إذ هى المذكورة فى العقد، كما فى "الرمز"، وفى "شرح الطحاوى" و"التمرتاشى": لو أدّى الخمر، لا يعتق، ولو أدّى القيمة يعتق. (المجمع)

باب[١] ما يجوز للمكاتب أن يفعله أو لا يفعله

بثمن المثل وبالمحاباة لغير السيد والنقد والنسيئة قليه المولى عليه

للمكاتب[٢] البيع والشراء والسفر، وإن شرط أن لا

أى وللمكاتب أيضًا تزويج

يخرج من المصر، وتزويج[٣] أمته، وكتابةُ[٤] عبده، والولاء[٥] له

---

(١) قوله: "باب" قال صاحب "العناية": لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاسدة، شرع فى بيان ما يجوز للمكاتب، وما لا يجوز، فإن جواز التصرف يبتنى على العقد الصحيح. (التكملة)

(٢) قوله: "للمكاتب" أى يجوز هذه التصرفات التى ادعاها الشيخ، أما البيع والشراء والسقر؛ فلأن قصد المولى الوصول إلى البدل، وقصد العبد الحرية، وذا إنما يحصل بالبيع والشراء، وربما لا يتفق فى الحضر، فيحتاج للسفر، وأما عدم اعتداد المولى عدم خروجه من المصر، فلكونه شرطا مخالفًا لمقتضى العقد؛ لأن مقتضاها فكّ حجر اليد على وجه الاستبداد، والاختصاص بنفسه، ومنافع نفسه، واكتسابه، وأن لا يتحكم عليه أحد، ويحصل المال بأى وجه شاء، فكانت أمثال هذا الشرط باطلة، والسفر مظنّة تحصيل المال.

والكتابة لا تبطل بالشروط الفاسدة كما تقدم، إلا إذا كان داخلا فى صلب العقد، وهو أن يكون فى البدل، مثل أن يشترط خدمته، أو مكاتبته على خمر أو خنزير، فيفسد العقد؛ لأن الكتابة تشبه البيع من حيث إنها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل، فيفسد العقد إذا وجد الشرط فى صلب العقد، وتشبه النكاح من حيث إنها لا تحتمل الفسخ بعد الأداء؛ لأنها مبادلة مال بمال فى حق المولى، ومبادلة مال بغير مال فى حق العبد؛ لأنه لا يملك نفسه، فلا يفسد العقد بالشروط إذا لم يكن فى صلب العقد، كما ههنا.

قال فى "العناية": والتمكن فى صلب العقد، وهو أن يدخل فى أحد البدلين، والذى ليس فى صلب العقد هو الذى ليس فى بدل الكتابة، ولا فيما يقابله (عز)

(٣) قوله: "وتزويج" يعنى للمكاتب أن يزوج الأمة؛ لأنه من الاكتساب، فيملكه ضرورة، بخلاف تزويج المكاتب نفسها، حيث لا يجوز له، وإن كان فيه اكتساب؛ لأن ملك المولى باق فيها، فمنعه من الاستبداد بنفسه، وفيه تعيينها، وربما يعجز، فيبقى هذا العيب، فيكون على المولى ضرر، وليس مقصوده بتزويج نفسه، والمال إنما هو التحصين والإعفاف، بخلاف تزويج أمتها، فإن المقصود منه كسب المال، فيجوز، لا كما يجوز للأب والوصى، بخلاف العبد المأذون له فى التجارة، والمضارب، والشريك؛ لأنهم لا يملكون إلا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منها، فلا يملكونه، وبهذا التقرير ظهر الفرق بين تزويج المكاتبة نفسها، حيث لا يجوز وإن كان فيه اكتساب المهر والنفقة، كما فى تزويج المكاتب أمة نفسه؛ لأن العلة فى تزويج المكاتبة نفسها مركبة بما ذكرناه -فتأمل-.

قيّد بالأمة لأن المكاتب لا يملك أن يزوّج نفسه وولده؛ لأنه ليس من التجارة، ولا فيه اكتساب مال،

إن أدى (الثانى) بعد عتقه (أى بعد عتق الأول)، وإلا (أى فالولاء لسيده) لسيده،[1] لا[2] التزوج بلا إذن (من المولى)، والهبة[3] (أى ولا الهبة.) والتصدق (أى ولا التصدق) إلا بيسير (منهما)، والتكفل[4] (أى ولا التكفل) والإقراض (أى ولا الإقراض)

بل فيه شغل رقبته بالمهر والنفقة. (التكملة)

(٤) قوله: "وكتابة" أى وله أن يكاتب عبده أو أمته استحسانًا، لكونها اكتسابًا بأخذ بدل الكتابة أيضًا، فيكون داخلا فى العقد، كالبيع، بل هو أنفع منه؛ لأن الكتابة لا تزيل الملك إلا بعد وصول البدل، والبيع يزيل قبل وصوله، وقال زفر: ليس له ذلك، وهو القياس، وبه قال الشافعى وأحمد؛ لأن المال هو العتق، والمكاتب ليس من أهله. (المجمع)

(٥) قوله: "والولاء" أى فإن أدى المكاتب الثانى بعد إعتاق المكاتب الأول، فولاءه أى المكاتب الثانى له، أى للمكاتب الأول؛ لأنه صار أهلا بعد العتق، وإن أدى المكاتب الثانى بدل الكتابة قبل، أى قبل عتق المكاتب الأول، فللسيد، أى ولاء المكاتب الثانى لسيد المكاتب الأول، لا للمكاتب الأول، لتعذر جعل المكاتب معتقًا له لعدم أهلية الإعتاق، فيخلفه فيه أقرب الناس إليه، وهو مولاه.

ولو أدّى الأول ذلك لا ينتقل الولاء إليه؛ لأن المولى جعل معتقًا، والولاء لا يتحول عن المعتق إلى غيره، ولو أديا معًا، فولاءهما للمولى؛ لكونه أصلا. (المجمع)

(١) بأن أداه قبله أو أديا معًا.

(٢) قوله: "لا [أى لا يجوز للمكاتب التزوج. . . إلخ]" أى لا يملك التزوّج بغير إذن مولاه؛ لأن فيه تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة، ولم يطلق له إلا عقود توصله إلى تحصيل مقصوده، وهو كل عقد فيه اكتساب المال، وفى حق ما ليس فيه، فهو باقٍ على الحجر، وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه، بخلاف تزويج أمته؛ لأن فيه اكتساب مال على ما بيناه، ويملك التزوج بإذن المولى؛ لأن الحجر لأجله؛ لما أن ملكه باق فيه، فجاز باتفاقهما لا غير لخروجه عن ملك المولى يدًا، والثبوت ملكه فى الرقبة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والهبة" أى ولا يجوز له الهبة والتصدق أيضًا إلا بيسير منهما؛ لأنهما تبرع، وهو ليس من أهله إلا أن اليسير منه من ضرورات التجارة، إذ لا يجد بدًا من ضيافة وإعادة ليجتمع عليه المجاهزون -المجاهز عند العامة الغنى من التجارة [ش]- وهى من ضرورات التجارة؛ ليملك، لأن من ملك شيئًا ملك ما هو من ضروراته وتوابعه، ولا بعوض لا أنه تبرع ابتداء، فلا يملكه. (العينى والزيلعى بحذف)

(٤) قوله: "والتكفّل" أى ولا يجوز له أيضًا التكفل، ولا يجوز له أيضًا الإقراض؛ لأنهما تبرع محض، وليسا من ضرورات التجارة، ولا من باب الاكتساب، فلا يملكه، ولا فرق فى الكفالة بين أن تكون فى المال أو فى النفس، وبين أن تكون بالأمر، أو بغير الأمر؛ لأن الكل تبرع. (الزيلعى مع زيادة)

وصلية بيع العبد من نفسه إعتاق على ما بيّناه في الوكالة فلا يملكه
وإعتاق[1] عبده، ولو بمال وبيع نفسه، وتزويج[2]
من الأمة أو أمة غيره أو حرة فيما ذكر من التصرفات ثبوتًا ونفيًا
عبده، والأب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب[3]، ولا
أي من المذكور
يملك[4] المضارب، وشريك شيئًا منه.
المكاتب شروع في المكاتبة بالتبع أي داخل في كتابته تبعًا ف
ولو[5] اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه، ولو[6] اشترى أخاه

(١) قوله: "وإعتاق" أي ولا يجوز له أيضًا إعتاق عبده، ولو كان إعتاقه بمال، بأن يقول لعبده: أنت حر على ألف درهم، فإذا قبل العبد يعتق من ساعة، ويكون البدل واجبًا في ذمته، وإنما لم يملكه المكاتب؛ لأن فيه إزالة ملكه عن العبد بدين في ذمة المفلس، فلا يملكه، وكذا لا يملك المكاتب تعليق العتق بأداء المال، بأن قال لعبده: إن أديت إليّ ألفًا فأنت حر؛ لأن فيه إثبات الحرية مقصودًا؛ ولأنه فوق الكتابة، ألا يرى أنه لا يقبل النقض والكتابة بقوله. (العيني والطحطاوي)

(٢) قوله: "وتزويج" أي لا يملك تزويج عبده، وكلا لا يوكل به؛ لأنه تعييب له، ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر، ولكسبه بالنفقة، وليس هو من باب الاكتساب في شيء، بخلاف تزويج الأمة على ما بيناه. (الزيلعي)

(٣) قوله: "كالمكاتب" فلهم إنكاح أمته وكتابة قنه، ولا يملكان إعتاق عبده، ولو بمال، وبيع نفس عبده منه، وإنكاح عبده ولو من أمته؛ لأن الأب والوصي يملكان الاكتساب كالمكاتب، فيملكان ما يملكه المكاتب. (الطحطاوي والزيلعي)

(٤) قوله: "ويملك" الأصل أن من كان تصرفه عامًا في التجارة وغيرها يملك تزويج الأمة والكتابة، كالأب والوصي والجد والمكاتب، والقاضي، وأمينه، وكل من كان تصرفه خاصًا في التجارة، كالمضارب والشريك والمأذون لا يملك تزويج الأمة ولا الكتابة عندهما، وقال أبو يوسف: يملكون تزويج الأمة؛ لأن فيه منفعة، وجوابه أنه ليس من باب التجارة، فلا يملكونه. (الزيلعي)

(٥) قوله: "ولو" أي ولو اشترى المكاتب أباه وابنه دخل في كتابته -أراد بالأب والابن من كان قريب المكاتب ولادًا (المجمع)- لأنه من أهل أن يكاتب، وإن لم يكن أهلا للعتق، فيجعل مكاتبًا مع تحقيقًا للصلة بقدر الإمكان، فيدخلون في كتابته تبعًا له، وأقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة، ثم الولد المشترى، ثم الولدان، وعن هذا يتفاوتون في الأحكام، فإن الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه، حتى إذا مات أبوه ولم يترك وفاءً يسعى على نجوم أبيه، والولد المشترى يؤدي بدل الكتابة حالا، وإلا يرد في الرق، والولدان يردان في الرق، كما مات، ولا يؤديان حالا ومؤجلا. (المجمع بزيادة)

(٦) قوله: "ولو اشترى" قال في "المجمع": ولو اشترى المكاتب ذا رحم محرم غير الولاء، كالأخ وابنه والعم وابنه لا يدخل، فيجوز بيعه عند الإمام؛ لأن المكاتب لا ملك له حقيقة، إلا أنه يقدر

وهو كل محرم غير الولاء ــ المكاتب ــ أى مع ولده منها ــ ولم تدخل فى كتابته

ونحوه لا، ولو اشترى أم ولده معه، لم يجز[١] بيعها، وإن وُلد

أى للمكاتب ــ ولد ــ وأى للمكاتب ــ المكاتِب

له من أمتَه ولد[٢]، تكاتب[٣] عليه وكسبه له، ولو زوّج[٤] أمته

أى فكاتب المكاتب العبد والأمة جميعًا. ــ الولد ــ أى كسب الولد

من عبده، فكاتبهما، فولـــــدت دخل[٥] فى كتابتها، وكسبه

على الكسب، فالمكاتب فقير كاسب، وهذه القدرة تكفى للصلة فى قرابة الولاد، لا فى غيرها، ولذا تجب نفقة الأولاد والوالدين على من يقدر على الكسب ولو كان فقيرًا.

وأما نفقة الأخ والعم، فتجب على الغنى لا على الكاسب الفقير، خلافًا لهما، فإنهما قالا يدخل فى كتابته بالشراء، فلا يجوز بيعه؛ لأن وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمية، ولذا يعتق عليه.

(١) قوله: "لم يجز" أى لو اشترى المكاتب أم ولده منها، لم يجز بيعه؛ لأن الولد لما دخل فى كتابته امتنع بيعه لما ذكرنا، فتتبعه أمر فيه، فامتنع بيعها؛ لأنها تبع له، قال عليه الصلاة والسلام: «أعتَقَها ولدُها»، ولا تدخل فى كتابته، حتى لا تعتق بعتقه، ولم ينفسخ النكاح؛ لأنه لم يملكها، فجاز له أن يطأها بملك النكاح، وكذا المكاتبة، إذا اشترت زوجها غير أن لها أن تبيعه كيفما كان؛ لأن الجزئية لم تثبت من جهتها، قيّد بشراء الولد؛ لأنها لو ولدت فى ملكه لم يجز بيعها، سواء كان ولدها باقيًا أم ميتًا، ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: ليس له أن يبيعها؛ لأنها أم ولده له. (الزيلعى والطحطاوى)

(٢) اعترض بأن المكاتب لا يملك وطء أمته، وأجيب بأن النسب لا يتوقف على الحل، كما فى وطء أمة ابنه، وأمة مشتركة، فإذا ثبت النسب من الأب فمن المولى أولى. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "تكاتب" لأنه بالدعوة يثبت نسبه منه، فيتبعه بالتكاتب على ما بيناه، وكان كسب الولد للمكاتب؛ لأنه فى حكم مملوكه، فكان كسبه له، كما كان قبل الدعوة، إذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه، وكذا لو ولدت المكاتبة ولدًا، دخل الولد فى كتابتها؛ لأن الولد تسرى إليه الصفات الشرعية الثابتة فى اللام، كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك، فإذا سرى إليه صار حكمه كحكم أمه، فكانت هى أحق به، وبكسبه؛ لأنه جزءها، وقد انقطع حق المولى عنه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "زوج. . . إلخ" استشكله الشرنبلالى بما تقدم من أن المكاتب لا يزوج، قال، وقد يقال: لا منافاة؛ لأن تزويج المكاتب أمته من عبده ليس مفيد صحة عقده، وملكه إياه، فالعقد غير صحيح، ومع ذلك يثبت النسب، كما فى النكاح الفاسد.

وكما أن المكاتب لا يملك التسرى، ومع ذلك لو وطئ أمته، فادّعى ولدها، ثبت النسب، وليس تزويج المكاتب عبده كتزويجه نفسه يكون موقوفًا، إذ لا مجيز له حال صدوره، وتزويجه هو له مجيز، وهو المولى الحر. . . اهـ، وجعل الحموى الضمير فى زوج للمولى، أى الذى لم يكاتب أولا، ثم كاتب بعد، وكذا هو المتبادر من "التبيين"، وعليها فلا إشكال. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "دخل" لأن الولد يتبع الأم فى الأوصاف الحكمية، فكان مكاتبًا تبعًا لها، فكانت

لهـــا.

مكاتب[١] (أي عبد مأذون) أو مأذون نكح بإذن (من المولى) حرةً بزعمها، فولدت (منه)، فاستُحقت، فولدها عبد، وإن وطئ[٢] (المكاتب أو المأذون) أمةً (مملوكة له) بشراء، فاستُحقت، (يعني رقيق) أو بشراء فاسد، فردت، (إلى بائعها) فالعقر (أي المهر واجب عليه) في المكاتبة[٣]، ولو بنكاح[٤] (بأن تزوجها بغير إذن المولى)

أحق بكسبه من الأب؛ لأنه لا ملك له عليها، فيسرى إلى الوالد، وقد انقطع يد المولى عنها لعقد، فكذا عن ولدها، فكانت هي أحق به؛ لأنه جزءها، فصار كنفسها، وهي نظير المسألة الأولى. (الزيلعي)

(١) قوله: "مكاتب" يعني لو تزوج مكاتب أو عبده مأذون له في التجارة امرأة زعمت أنها حرة بإذن مولاه، فولدت منه، ثم استحقت، فالولد رقيق، فليس له أن يأخذ بالقيمة، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: ولدها حر بالقيمة يعطيها للمستحق في الحال إذا كان التزوّج بإذن المولى، وإن كان بغير إذنه يعطيها بعد العتق، ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الأمة المستحقة بعد العتق إن كانت هي الغارة له.

لمحمد رحمه الله أنه تزوّجها رغبةً في حرية الأولاد معتمدًا على قولها، فلم يحصل له، فصار مغرورًا كالحر، فتكون أولاده أحرارًا بالقيمة، دفعا للضرر عنه، كالحر، ولهما أنه مولود بين رقيقين، فيكون رقيقًا، إذ الولد يتبع الأم في الرق والحرية، وتركوا هذا في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم، والعبد ليس في معنى الحر؛ لأن حق المولى هو المستحق في الحر مجبور بقيمة واجبة في الحال، وفي العبد بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق، فتعذر الإلحاق لعدم المساواة، هكذا ذكروا هنا.

وهذا مشكل جدًا، فإن دين العبد إذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر في حق المولى، ويطالب به للحال، والموضوح هنا مفروض فيما إذا كان بإذن المولى، وإنما يستقيم هذا إذا كان التزوج بغير إذن المولى؛ لأنه لا يظهر الدين فيه في حق المولى، فلا يلزمه المهر، ولا قيمة الولد في الحال. (الزيلعي بحذف)

وأجاب الرازي بأن المولى إنما أذنه بالنكاح وما يتعلق به من المهر والنفقة، فيظهر في حقه، أما الغرر فليس بإذنه، فلا يكون راضيًا به، فتأخر إلى ما بعد عتقه... إلخ، وقال العلامة الوافي: إن الإذن بالشيء إنما يكون إذنًا بما يتعلق به إذا كان من لوازمه، والوطء ليس كذلك. (الطحطاوي)

(٢) قوله: "وإن وطئ" أي لو اشترى المكاتب أمة شراءً فاسدًا فوطئها، ثم ردها بحكم الفساد على البائع، وجب عليه العقر في حال الكتابة قبل العتق، وكذلك العبد المأذون له في التجارة؛ لأن هذا من باب التجارة، فإن التصرف يقع صحيحًا تارةً، ويقع فاسدًا أخرى، والكتابة والإذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما، فكانا فيهما، كالتوكيل بهما، فيظهر في حق المولى، فيؤاخذان به في الحال. (الزيلعي)

(٣) يعني في حال الكتابة قبل العتق في الصورتين جميعًا.

أي بعد عتقه
أُخذَ به مذ عتق.

فصل(١)

ولدت(٢) مكاتبةٌ من سيدها مضت على كتابتهما، أو عجزت، وهى أم ولده، وإن كاتب(٣) أم ولده، أو مدبّره صح،
نفسها — شخص — ما فعله من الكتابة

(٤) قوله: "ولو بنكاح" أى لو تزوج المكاتب المرأة بغير إذن مولاه، فوطئها يؤخذ بالعقر بعد العتق، وكذلك المأذون له فى التجارة؛ لأن التزوج ليس من الاكتساب، ولا من باب التجارة، فلا ينتظمه الإذن بالتجارة، بخلاف الفصل الأول، وهو ما إذا وطئه بحكم الشراء الفاسد؛ لأن الإذن بالتجارة أو الكتابة تناول الشراء الفاسد على ما بينّا، فيكون ظاهراً فى حق المولى، وبخلاف ما إذا اشترى أمة فوطئها، ثم استحقت حيث يؤاخذ بالعقر فى الحال؛ لأن من توابع التجارة، فيتناوله الإذن. (الزيلعى بحذف)

(١) قوله: "فصل" ذكر هذه المسائل فى فصل على حدة لاختصاصها بأحكام تخالف ما سبق. (التكملة)

(٢) قوله: "ولدت" أى إذا ولدت مكاتبة من سيدها، فلها الخيار، إن شاءت بقيت على كتابتها، وتأخذ العقر من لتستعين به فى بدل الكتابة إن كان العلوق حال الكتابة، بأن جاءت به لأكثر من ستة أشهر مذ كاتبها، وإن جاءت به لأقل فلا عقر عليه، أو إن شاءت عجزت نفسها، أى اعترفت بالعجز عن أداء بدل الكتابة، وهى أم ولده، ويثبت نسبه بلا تصديقها؛ لأنها ملكه رقبة، وإنما خيرت لأنه تلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل أو آجلة بغير بدل، وفى كل منهما فائدة، وهى تعجيل الحرية ببدل، وحصول الحرية بلا بدل، وتختار أيهما شاءت، وإذا مات المولى عتقت بالاستيلاد، وسقط عنها مال الكتابة؛ لأنها ما التزمت البدل إلا لتسلم لها نفسها بمقابلة بجهة الكتابة، فإذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترضَ بتسليمه له، أو لورثته مجّانًا، فلا يجب عليهما. (الدرّ والطحطاوى)

(٣) قوله: "وإن كاتب" أى لو كاتب شخص أم ولده، أو مدبره صح، أى عقد الكتابة لعدم المنافاة بينهما حتى لو أديا بدل الكتابة قبل موت المولى عتقًا لبقاء الرق فيهما، وإن كانت أم الولد غير متقومة عنده، وعتقت أم الولد مجانًا بموت بالاستيلاد، أى عتقت من غير شىء بسبب أنها مستولدته، وحكم الاستيلاد بعد الكتابة باق، فإنها لا تنافيه، فلا تطالب ببدل الكتابة؛ لأنها إنما التزمت المال فيها لتسلم لهما رقبتها بجهتها، والحال أنها لم تسلم بهذه الجهة، فلا يجب البدل. (الدرّ والطحطاوى بتصرّف)

قبل أداء بدل الكتابة — الباء للمصاحبة — أى المكاتب بعد موت المولى — إنشاء

وعتقت مجانًا بموته، وسعى[1] المدبر فى ثلثى قيمته،

أى فى جميع بدل الكتابة — أراد أن المولى لم يترك شيئًا غيره — التدبير — نفسه عن الكتابة

أو كل البدل بموته فقيرا، وإن دبر مكاتبه صح[2]، فإن عجز

لوجود السبب الموجب أى وإن لم يعجز بأن مضى على الكتابة — أى بدل الكتابة — أى بموت المولى

بقى مدبرا، وإلا[3] سعى فى ثلثى قيمته، أو ثلثى البدل بموته معسرًا.

المولى — لأنه التزمه ليحصل العتق، وقد حصل بدونه — أى وإن كاتب المولى عبده

وإن أعتق مكاتبه عتق، وسقط البدل، وإن كاتبه على ألف

---

(١) قوله: "وسعى" أى لو مات بعد ما كاتبه، ولا مال له غيره، فهو بالخيار بين أن يسعى فى ثلثى قيمته، أو جميع بدل الكتابة، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف: يسعى فى الأقل منهما؛ لأنه يختار الأقل لا محالة، فلا معنى للتخيير.

وقال محمد: فى الأقل من ثلثى القيمة وثلثى البدل؛ لأنه قابل البدل بالكل، وقد سلّم له الثلث بالتدبير، فلا يجب البدل بمقابلة، كما إذا تأخر التدبير عن الكتابة، فأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار، ومع محمد فى نفى الخيار، ولأبى حنيفة وأبى يوسف أن البدل وإن قوبل بالكل صورة وصيغة، لكنه مقابل بثلثى رقبته معنى وإرادة؛ لأن الظاهر أن الإنسان لايلتزم البدل بمقابلة ما يستحق حريته، كما إذا طلقها ثنتين، ثم طلقها ثلاثًا بألف، كان جميع الألف بمقابلة الواحدة لدلالة الإرادة، بخلاف ما إذا تقدمت الكتابة، وهى المسألة اللاحقة؛ لأن البدل مقابل بالكل، إذ لا استحقاق فى شىء عند المقابلة، ولأبى حنيفة فى الخيار اختلاف البدلين تأجيلا وتعجيلا، ففى التخيير فائدة، وأن الجنس لجواز كون أكثرهما السير لكونه مؤجلا، وأقلهما أعسر لكونه حالا. (الكشف والزيلعى)

(٢) قوله: "صح" لأنه يملك بتخيير العتق، فيملك التعليق بشرط، وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة، فيعتق مجانًا، أو يعجز عن أداء بدل الكتابة، فيبقى مدبرًا. (التكملة)

(٣) قوله: "وإلا" يعنى إن لم يعجز، ومات المولى معسرًا، فهو بالخيار بين أن يسعى فى ثلثى قيمته، أو ثلثى بدل الكتابة عند الإمام، وقالا: يسعى فى الأقل منهما، فالخلاف فى الخيار مبنى على تجزى الإعتاق، وعدمه.

وأما المقدار هنا فمتفق عليه؛ لأن بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة، إذ لم يستحق شىء من الحرية قبل ذلك، فإذا عتق بعض الرقبة مجانًا بعد ذلك، سقطت حصته من بدل الكتابة، بخلاف ما إذا تقدم بالتدبير؛ لأنه سلم لتدبير الثلثين، فيكون بدل الكتابة مقابلا لما لم يسلم، وهو الثلث. (التكملة بحذف)

أي على نصف ألف الصلح
مؤجل، فصالحه على نصف حال صح[١].

حالية الجملة صفة المريض، أو حالٌ منه بتقدير "قد"
مات[٢] مريض كاتب عبده على ألفين إلى سنة وقيمته

أي قيمة العبد وهو الألفان أي أدى العبد المكاتب أي عند انتهاء أجله
ألف، ولم تجز الورثة[٣]، أدى ثلثي البدل حالا، والباقي إلى

حالية إلى حالته الأولى
أجله، أو رد رقيقًا، وإن كاتبه[٤] على ألفٍ إلى سنة وقيمته

إلى حالته الأولى وسقط عنه الباقي العبد المكاتب أي الورثة
ألفان، ولم يجيزوا، أدى ثلثي القيمة حالا، أو رد رقيقا.

---

(١) قوله: "وصح" استحسانًا لا قياسًا لعدم صحة مثله في الحر ومكاتب الغير؛ لأنه اعتياض عن الأجل، وهو ليس بمال، والدين مال، فكان ربا، وجه الاستحسان أن الأجل في حق المكاتب مال من وجه؛ لأنه لا يقدر على الأداء إلا به، وبدل الكتابة مال من وجه دون وجه، حتى لا تصح االكفالة فاعتدلا، فلا يكون ربا. (الكشف)

(٢) قوله: "مات" معناه أن مريضًا كاتب عبده على ألفين إلى سنة، وقيمته ألف درهم، ثم مات المولى، ولا مال له غيره، فإنه يؤدي ثلثي الألفين حالا، والباقي إلى أجله، أو يرد رقيقًا، هذا عند أبي حنيفة، وقال محمد: يؤدي ثلثي الألف حالا، والباقي إلى أجل.

ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجرى عليه أحكام الإبدال، حتى يبيع مرابحة على جميع الثمن، وحق الورثة متعلق بالمبدل، فكذا بالبدل، والتأجيل إسقاط معنىً؛ لأنه إبراء موقت، والإبراء إسقاط من وجه) فيعتبر من ثلثي جميع المال، وقد كان إسقاط ثلث ما تعلق به حق الوارث أي من الأموال، فكذا تأجيله؛ لأنه إسقاط معنًى. (الكشف)

(٣) ذلك ولا مال له غيره

(٤) قوله: "وإن كاتبه" اعلم أن هذه المسألة عكس المسألة الأولى، ففي الأولى كانت القيمة العبد ناقصة عن بدل الكتابة في هذه بدل الكتابة زائد على القيمة.

وتصوير المسألة: أن المولى كاتب عبداً قيمته ألفان في مرض موته على ألف إلى سنة، ومات وليس له مال غيره، والورثة لم يجيزوا ذلك، فحكمه أن يؤدي ثلثي القيمة -وفي الأولى: كان حكمه أن يؤدي ثلثي البدل- حالا، وإلا ردّ رقيقًا، وهذا بالاتفاق؛ لأن المحاباة -أي التبرع في القدر وهو إسقاط ألف درهم، والأجل وهو تأجيله الألف- هنا حصلت في القدر والتأخير، فاعتبر الثلث فيهما.

والفرق لمحمد بين هذه المسألة وبين الأولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض في الأولى، حتى كان يملك إسقاطها بالكلية، بأن يبيعه بقيمة فتأخيرها أولى؛ لأنه أهون من الإسقاط، وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته، فلا يملك إسقاط ما زاد على ثلث قيمته، وإلا تأجيله؛ لأن حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الأول.

هذا الأمر بعد ما بلغه / الألف / درهم

حر[١] كاتبٌ عن عبده بألف وأدى عتق، فإن قبل

والعبد الغائب / أي العبد الحاضر / المولى

العبدُ، فهو مكاتبٌ، وإن كاتب[٢] الحاضر والغائب، وقبل

المؤدى منهما / أي الحاضر والغائب جميعًا / أي الكتابة والتذكير باعتبار العقد

الحاضر صح، وأيهما[٣] أدى عتقا، ولا يرجع[٤] على صاحبه،

---

(١) قوله: "حر" صورة المسألة: أن يقول حر لمولى العبد: كاتب عبدك فلانًا على ألف درهم على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر، فكاتبه المولى على هذا الشرط، وقبل الرجل، ثم أدى ألفًا، فإنه يعتق؛ لأن عتقه تعلق بأداءه، فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد وإجازته، كما إذا علقه بغيره من الشروط، وإذا بلغ العبد تقبل صار مكاتبًا؛ لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله، فصار إجازة في الانتهاء كقبوله في الابتداء، ولو قبله في الابتداء أو وكله به، كان ينفذ، فكذا إذا أجازه.

ولو قال العبد: لا أقبله، فأذن عنه الرجل الذي كاتب عنه، لا يجوز؛ لأن العقد ارتد برده، ولو ضمن الرجل لم يلزمه شيء؛ لأن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز، ولو لم يقل: على أني إن أديت إليك ألفًا فهو حر، فأدى لا يعتق قياسًا؛ لأن العقد موقوف، والموقوف لا حكم له، ولم يوجد التعليق، وفي الاستحسان يعتق؛ لأن الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد، وهو أن يعتق عند أداء المشروط موقوفة فيما يرجع إلى وجوب البدل عليه، نظرا للبدل، وتصحيحًا للعقد بقدر الإمكان. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وإن كاتب" يعني إذا كاتب عبدين أحدهما حاضر، والآخر غائب، بأن قال العبد لمولاه: كاتبني بألف عن نفسي وعن فلان الغائب، فكاتبهما، فقبل الحاضر جاز، وفي "المحيط": ولو كاتب عبدًا حاضرًا أو آخر غائبًا، وقبل الحاضر جاز استحسانًا... اهـ.

فظهر أنه لا فرق في البداية بين أن تكون من السيد أو من العبد، والقياس أن يصير الحاضر مكاتبًا وحده؛ لأنه عقد الكتابة على نفسه وعلى الغائب، فينفذ عليه، ويتوقف في حق الغائب على إجازته.

كما إذا باع ماله ومال غيره، أو كاتب عبده وعبد غيره، وجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصدًا، وجعل الغائب تبعًا له، والكتابة على هذا الوجه مشروعة، كالأمة إذا كوتبت دخل في كتابتها ولدها المولود في الكتابة، أو المشترى فيها أو المضموم إليها في العقد تبعًا لهما حتى يعتقوا بأداءها، وليس عليهم شيء من البدل. (التكملة)

(٣) قوله: "وأيهما" أي أيهما أدى بدل الكتابة عتقًا لوجود الشرط في حقهما، وهو أداء بدل الكتابة، ويجبر المولى على القبول، أما إذا دفع الحاضر فلأن البدل عليه، وهو أصل فيه، وأما إذا دفع الغائب فلأنه ينال به شرف الحرية، فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا إليه، كما إذا أدى ولد المكاتبة فإنه يجبر على القبول، وإن لم يكن البدل عليه، كمعير الرهن إذا دفع الدين إلى المرتهن، فإن المرتهن يجبر على القبول، لحاجته إلى استخلاص عينه، وإن لم يكن عليه الدين. (الزيلعي)

(٤) قوله: "ولا يرجع" أي لا يرجع واحد منهما على الآخر بما أدى إلى المولى من بدل الكتابة، أما الحاضر فلأنه قضى دينًا عليه، فلا يرجع به إلى غيره، وإن عتق معه؛ لأنه تبع له، كما إذا أدى

أى قبول الغائب الكتابة لا تعتبر
ولا يؤخذ(١) الغائب بشىء، وقبوله لغو(٢)، وإن كاتبت الأمةُ
عقد هذه الكتابة بدل الكتابة
عن نفسها، وعن ابنين صغيرين(٣) لها صح، وأى(٤) أدى لم
على صاحبه
يرجع.

بين اثنين

باب(٥) كتابة العبد المشترك

أى مملوك لهما أى نصيبه درهم
عبدٌ لهما أذن(٦) أحدهما صاحبه أن يكاتب حظه بألف،

المكاتب البدل، وعنده أولاده وآباءه، فإنه لا يرجع عليهم بشىء، وإن عتقوا معه لكنهم أتباعًا، وأما الغائب فلأنه أدى بغير أمره، وليس بمضطر فيه من جهته، بل يطلب نفعا مبتدأ، بخلاف معير الرهن إذا أدى الدين لاستخلاص عينه، فإنه يرجع على الراهن؛ لأنه مضطر من جهة. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولا يؤخذ" أى ولا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة؛ لأنه لا دين عليه، إذ لم يلزم له شيئًا، وإن دخل فى الكتابة تبعًا، فصار نظير ولد المكاتب، فإنه لا يطالب بشىء، إذ ليس عليه دين ومع هذا لو أدى البدل يجبر المولى على القبول. (الزيلعى)

(٢) قوله: "لغو" أى قبول الغائب لغو لا يعتبر، وكذا رده لغو؛ لأن الكتابة قد نفذت، وتمت من غير قبوله، فلا يعتبر بعد ذلك قبوله، ولا يتغير برده، كمن كفل بدين عن غيره بغير أمره، فبلغه فأجاز فإجازته باطلة، ولا يعتبر حكمه حتى لو أدى عنه لا يرجع عليه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "صغيرين" قيّد بالصغيرين ليدل على أن لا أثر لقبول الغائب ورده، وكان الغرض من ذكر هذه المسألة إفادة هذه الفائدة، وإلا فهى مسألة الحاضر والغائب بعينها وبالصغيرين؛ لأنه لو وضع المسألة فى صغير واحد لتوهم أن العقد إذا كان عن اثنين أو أكثر، وأدى أحد الأولاد يعتق أى المؤدى إذ لا أصالة فى الأولاد بينهم، بخلاف الأمة وابنها. (الكشف وحاشية)

(٤) أى أىّ واحد من هذه الثلاثة وهم الأم والابنان.

(٥) قوله: "باب" ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لأن الاشتراك خلاف الأصل؛ ولأن المشترك من غيره كالمفرد والمركب. (المجمع)

(٦) قوله: "أذن" قال فى "التبيين": وفائدة الإذن بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ، كما يكون له إذا لم يأذن، وفائدة إذنه بالقبض أن ينقطع حقه فيما قبض، بل يختصّ به القابض؛ لأن إذنه بالقبض إذن للعبد بالأداء إليه منه، فيكون متبرّعًا بنصيبه على المكاتب، فيصير المكاتب أخصّ، فإذا قضى به دينه اختصّ به القابض، وسلم له كله إلا إذا أنهاه، وقيل: الأداء ليصح منهيه؛ لأنه تبرع لم يتم بعد.

الشريك المأذون له المكاتب من بدل الكتابة
ويقبض بدل الكتابة، فكاتب وقبض بعضه، فعجز فالمقبوض[١]

للقابض[٢].

خاصّة مشتركة بينهما أى ادّعى الواطئ الولد
أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما، فولدت فادعاه، ثم
الأمة الشريك الآخر الأمة عن الكتابة بعد ذلك أى الوطئ الأول
وطئ الآخر فولدت، فادعاه فعجزت، فهى[٣] أم ولد للأول،
ضمان نصف العقر لوطءه جارية مشتركة لوطءه أم ولد الغير
وضمن لشريكه[٤] نصف قيمتها، ونصف عقرها، وضمن
أى وأىّ واحد من الشريكين
شريكه عقرها، وقيمة الولد، وهو[٥] ابنه، وأى[٦] دفع العقر إلى

---

(١) أى وإن أدى ألفًا عتق حظه، ولم يضمن لشريكه ولكن يسعى العبد فى نصيب الشريك الذى لم يكاتب بين الاثنين.

(٢) قوله: "للقابض" هذا عند الإمام؛ لأن الكتابة تجزئ على قوله لإفادتها الحرية يدًا، فيكون مقتصرًا على نصيبه، ودالا على إذن العبد بالأداء إليه، فيكون متبرّعًا فى نصيبه على القابض، فيكون كل المقبوض له.

وقالا: هو مكاتب بينهما، وما أدى فهو بينهما؛ لأن الإذن بكتابة نصيبه إذن بكتابة الكل؛ لأن الكتابة لا يتجزأ عندهما كالحرية، فيكون القابض أصيلا فى بعض مقبوضه، ووكيلا فى بعضه لشريكه، فيصير المقبوض مشتركًا بينهما بعد العجز، كما كان مشتركًا قبل العجز. (المجمع)

(٣) قوله: "فهى" لأن بالعجز جعل الكتابة كأنها لم تكن، فتبين أن الجارية كلها أم ولد للأول، لصحة دعوته لقيام الملك، لكن اقتصر الاستيلاد على نصيبه؛ لأن المكاتب لا ينتقل من ملك إلى ملك، فلما عجزت انعدمت الكتابة المانعة من الانتقال، فانتقل نصيب شريكه إليه لسبق وطءه.

جواب عما يقال: إن كلا له ملك فيها، وقد وطئ كل، وادعى فما المرجح لاختصاص الأول بكونها أم ولد له. (الطحطاوى والكشف)

(٤) لاستملاك نصيبه لما استكمل الاستيلاد.

(٥) قوله: "وهو" ابنه حر؛ لأنه ولد المغرور لقيام ملكه وقت الوطء ظاهرًا، وولد المغرور ثابت النسب حر بالقيمة، وقالا: هو عبد للأول، ولا يثبت نسبه من الثانى، غير أنه لا يجب الحد عليه للشبهة. (الكشف)

(٦) قوله: "وأى" أى أىُّ واحد من الشريكين دفع العقر إليها، أى المكاتبة قبل العجز جاز دفعه؛ لأنه حقه حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها، فإذا عجزت ترد إلى المولى أنه ظهر اختصاصه بها، هذا

دفعه على الكتابة أي الأمة والمسألة بحالها أي الشريك الثاني.
المكاتبة صحّ، وإن دبر(١) الثانى ولم يطأها، فعجزت بطل
أى الأمة لأنه نصيب شريكه المستولد لتملكه بالاستيلاد
التدبير، وهى أم ولد للأول، وضمن(٢) لشريكه نصف قيمتها
لوقوع الوطء فى المشترك. لصحة دعوته لقيام الملك. أى الشريكان الأمة. أى أعتقها.
ونصف عقرها، والولد للأول، وإن كاتباها، فحررها
فعجزت المعتق عن الكتابة أى قيمة الأمة
أحدهما موسرا فعجزت، ضمن لشريكه نصف قيمتها،
عتق أى على الأمة
ورجع به(٣) عليها.

أى مملوك للاثنين أى الشريك الآخر جواب المسألة
عبد(٤) لهما دبّره أحدهما ثم حرره الآخر موسراً، للمدبر

كله عند الإمام، وعندهما كل الأمة أم ولد للأول حين ادعاه؛ لأن تكمل مؤمية الولد واجب بالاتفاق فيما أمكن بناءً على أن استيلاد المكاتبة غير متجز، والتكميل ممكن بسبب فسخ الكتابة بالاستيلاد فيما لا تتضرربه المكاتبة، فينتقل نصيب الثانى إلى الأول، كما ينتقل بفسخ الكتابة بالعجز. (المجمع)

(١) قوله: "وإن دبّر" أى ولو لم يطأ الثانى الأمة المكاتبة المشتركة بعد استيلاد الأول، بل دبّرها، فعجزت عن الكتابة، بطل التدبير بالإجماع، أما عندهما فلأن المستولدة يملكها قبل العجز، وأما عنده فلأنه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للأول، وأن الثانى لم يكن له فيها ملك لما مرّ، والملك شرط لصحة التدبير، بخلاف ثبوت النسب؛ لأن الملك من حيث الظاهر كافٍ لثبوت النسب، واستحقاق الولد بالغرور، ولا كذلك التدبير، فإنه لا يثبت بالشبهات، ولهذا لو اشترى أمة فدبرها، ثم استحقت بطل التدبير.

ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب، وكان الولد حرا بقيمة، فكذا هنا. (المجمع)

(٢) قوله: "ضمن" وهذا عند أبى حنيفة، وقالا: لا يرجع المعتق عليه يستسعيها الساكت إن كان المعتق معسرًا، والأصل فى هذا أن الإعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة تمنع العتق، فعتقت كلها، وانفسخت الكتابة، فالحكم عندهما ما تقدم من أصل الإمام أن العتق عنده يتجزأ، فجاز إعتاق النصف، فلا يؤثر الفساد فى نصيب الساكت، فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الإعتاق فيها، فإذا عجزت ظهر أثر اعتق، وكان للساكت الخيارات المذكورة فى العتق، وهى إن كان موسرًا، فله أن يعتق أو يستسعى، أو الضمان، فإذا ضمن كان للمعتق أن يرجع على العبد، وإن كان المعتق معسرًا كان خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا فى العتق. (التكملة)

(٣) أى بنصف القيمة الذى ضمنه لشريكه.

(٤) قوله: "عبد" هنا صورتان: الأولى: إذا كان عبد بين اثنين، ودبّره أحدهما، ثم حرره الآخر، وهو موسر، فللمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته، وإن شاء أعتق، وإن شاء استسعى.

أن يُضمِّن المعتِقَ نصفَ قيمته، وإن حرره أحدهما، ثم دبّر الآخر، لا يُضمّن المعتق.

(أى قيمة العبد — أى وإن أعتق العبد — أي أحد الشريكين — أي الشريك الآخر)

باب[1] موت المكاتب وعجزه وموت المولى

مكاتبٌ عجز عن نجمٍ وله مال، سيصل لم يعجزه[2]

(أى عن أداء نجم — فى الحال، بل أمهله)

والثانية: عكسها، ففى الأولى التدبير أولا والتحرير ثانيًا، وفى الثانية التحرير أولا، والتدبير ثانيًا. وهذا الفرق كان فى صورة المسألتين.

وأما فى حكمهما ففى الأولى كما عرفت آنفًا للمدبر تضمين المعتق أو إعتاق العبد أو استسعاءه، وفى الثانية ليس له تضمين المعتق، وإنما له الاستسعاء، أو الإعتاق، وهذا عند أبى حنيفة، ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده، فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه، لكن يفسد به نصيب الآخر، فيثبت له خيرة الإعتاق والتضمين والاستسعاء، لما عرف من مذهب، فإذا أعتق لم يبق خيار التضمين والإستسعاء، وإعتاقه يقتصر على نصيبه؛ لأنه يتجزأ عنده، ولكن يفسد به نصيب شريكه، فله القيمة قيمة نصيبه، وله خيار الإعتاق والاستسعاء أيضًا، كما هو مذهبه، فإذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرًا؛ لأن الإعتاق صادفه وهو مدبر.

ثم قيل: قيمة المدبر تعرف بالتقويم، وقيل: يجب ثلثا قيمته، وهو فن؛ لأن المنافع أنواع ثلاثة: البيع وأشباهه، والاستخدام وأمثاله، والإعتاق وتوابعه والفائت البيع، فيسقط الثلث، وإذا ضمنه لا يتملك بالضمان؛ لأنه لا يقبل النقل من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبرًا وأبق، وضمن الغاصب قيمته، فإنه لا يتملك فكذا هذا.

وإن أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده، فإذا دبره لم يبقَ له خيار التضمين، ويستسعى، وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله إذا دبره أحدهما، فإعتاق الآخر باطل؛ لأنه لا يتجزأ عندهما، فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير، ويضمن نصف قيمته موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه ضمان تملك، فلا يختلف بهما، ويضمن نصف قيمته قنًا؛ لأنه صادفه التدبير وهو قن، وإن أعتقه أحدهما أولا، فتدبير الآخر باطل؛ لأن الإعتاق لا يتجزأ عندهما، فيعتق كله، فلم يصادف التدبير الملك، وهو يعمده ويضمن نصف قيمته إن كان موسرًا؛ لأن هذا ضمان الإعتاق، فيختلف باليسار والإعسار عندهما. (عز)

(١) قوله: "باب" تأخير هذا الباب ظاهر المناسبة لتأخر أحكامه عن عقد الكتابة؛ لأن الموت والعجز عارضان بعد الكتابة، فكان التأخير هو المناسب؛ لأن العارض بعد الأصل. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "لم يعجزه" أى إذا عجز المكاتب عن نجم -النجم فى الأصل: الطالع، ثم سمى به الوقت، ثم الوظيفة التى تؤدى فى ذلك الوقت لملابسة بينهما- فإن رجى له حصول مال بأن كان لهذا المكاتب على آخر دين، يرجى أن يكون مقبوضًا، أو مال يرجى قدومه لا يعجل الحاكم بتعجيزه، ويمهل

أي أو فسخ، فهو لا يرضاه بعد أن عجز.
الحاكم إلى ثلاثة أيام، وإلا(١) عجزه وفسخها(٢)، أو سيده(٣)
أي إلى المكاتب أي الذي لأنه ظهر أنه كسب عبده
برضاه، وعاد(٤) أحكام الرق، وما في يده لسيده.
المكاتب حالية الكتابة والباقي لورثته أي بدلها
وإن مات وله مال لم تفسخ(٥)، وتؤدى كتابته من ماله،

يومين أو ثلاثة أيام نظرا إلى الجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لإبلاء الأعذار أي إظهار الأعذار، كما في مدة الخيار، وإمهال المرتد، وإمهال المدعى عليه للدفع بعد توجه الحكم عليه، وإمهال المدين للقضاء، فإنه إذا استمهل ثلاثة أيام يمهل، فلا يزاد عليه. (المجمع بحذف والزيلعي والطحطاوي)

(١) قوله: "وإلا" أي وإن لم يكن له مال سيصل إليه في ثلاثة أيام عجزه الحاكم في الحال؛ لأن عجزه عن نجم إمارة عجز عن الباقي، وقال أبو يوسف: لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان، لقول علي رضي الله تعالى عنه: إذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق، وبقوله: قال أحمد وابن أبي ليلى، وابن عيينة، والحسن بن جني.

قال فخر الإسلام علي البزدوي: قول أبي يوسف: استحسان صار إليه تيسيرًا على العبد، وفي القهستاني عن المضمرات الصحيح قولهما. (العيني والطحطاوي)

(٢) قوله: "وفسخها" أي وجوبًا، وذكر الفسخ بعد التعجيز؛ لأن التعجيز غير كافٍ، فلا بد من الفسخ بعده، إذ العجز المجرد لا تنفسخ به الكتابة، ولا يعود به المكاتب إلى الرق، بل يحتاج بعد ذلك إلى القضاء والرضاء. (ط)

(٣) قوله: "أو سيده" أي أو فسخها سيده برضاء المكاتب؛ لأنها تفسخ بالتراضي بلا عذر، فبالعذر أولى، وإن لم يرضَ به العبد فلا بد من القضاء بالفسخ، وقيل: ينفرد المولى بالفسخ، ولا يشترط رضاء المكاتب. (العيني والكشف)

(٤) قوله: "وعاد" أي إذا عجز عاد إلى أحكام الرق؛ لأن الكتابة قد انفسخت، وفكّ الحجر كان لأجل عقد الكتابة، فلا يبقى بدون العقد. (الزيلعي)

(٥) قوله: "لم تفسخ" وقال الشافعي: بطلت الكتابة، ومات عبدًا، وإمامه في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه، وأخذ علماءنا بقول علي وابن مسعود رضي الله عنهما، ولأنه عقد معاوضة لا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى، فكذا بموت الآخر، والجامع الحاجة إلى بقاء العقد -كالحاجة إلى نيل الحرية، فلا يتأدى في قبره بتعيير أولاده برقبته، وأيضًا أنه من آثار الكفر، فالخلو منه مطلوب- بل أولى؛ لأن حقه آكد من حق المولى، حتى لزم العقد في جانبه، والموت أنفى للمالكية منه للمملوكية؛ لأن الموت نهاية في العجز، والملك نهاية في القدرة، وبين النهايتين تباين كلي، وأما المملوكية فعجز كالموت، فإذا بقي العقد مع أقوى المتنافين، وهو موت المولى لأدنى الحقين، هو حق المولى، فلأن يبقى مع أدنى المتنافين لأعلى الحقين كان أولى). (الكشف وحاشية)

وكذا يحكم بعتق أولاده / المكاتب / الجملة صفة لقوله: ولدًا.

وحكم[1] بعتقه فى آخر حياته، وإن[2] ترك ولدًا ولد فى كتابته لا وفاء، سعى كأبيه على نجومه، فإذا أدّى حكم بعتقه، وعتق أبيه[3] قبل موته.

أى لم يترك وفاءً / جواب المسألة / أى أقساطه المقررة

ولو[4] ترك ولدًا مشترى عجّل البدل حالا، أو ردّ رقيقًا، فإن اشترى ابنه فمات، وترك وفاء ورثه[5] ابنه، وكذا[6] لو

المكاتب / أى حاله / المكاتب / المكاتب / لموته حرًا عن ابن حر / أى يرثه

---

(١) قوله: "وحكم" هذا عند الجمهور، إما لأن سبب الأداء موجود قبل الموت، فيستند الأداء إليه، فيكون أداء خلفه كأداء بنفسه، إما بأن يقام الترك الموجود منه فى آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخلية بين المال وبين المولى، وهو الأداء المستحق عليه، وقال البعض: إنه يعتق بعد الموت، بأن يقدر حياتًا قابلا للعتق، كما يقدر المولى حيّا مالكًا معتقًا بعد موته، ولهذا يقدر الميت حيًا فى حق ما يحتاج إليه فى أحواله، كتجهيزه وقضاء دينه تنفيذ وصاياه. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "وإن" أى وإن ترك المكاتب ولدًا فى كتابته، ولم يترك وفاءً، أى ما لا بقى ببدل الكتابة، ولم يترك سوى ولده، فإنه يسعى الولد كما كان ليسعى أبوه على نجومه لمقسطة، فإن أدى الولد بدل الكتابة، حكم بعتق الولد وعتق أبيه قبل موته، يعنى فى آخر جزء من أجزاء حياته؛ لأن الولد داخل فى كتابة أبيه وكسبه ككسبه، وصار كما إذا ترك وفاءً. (عز)

(٣) وهو المكاتب الذى ترك ولدًا ولم يترك وفاء.

(٤) قوله: "ولو" يعنى إذ مات المكاتب وترك ولدًا اشتراه فى كتابته، فإما يؤدى البدل فى الحال، أو يرد فى الرق، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما يؤديه على نجومه؛ لأنه تكاتب عليه، فيسعى على نجومه، كالولد المولود فى الكتابة؛ لأنه صار بمنزلته، حتى جاز للمولى إعتاقه كما يجوز إعتاق المكاتب نفسه، بخلاف سائر أكساب المكاتب، فإنه لا يملك إعتاقه.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الأجل يثبت بالشرط فى العقد، فيثبت فى حق من دخل تحت العقد، والمشترى لم يدخل تحت العقد، لأنه لم يضف إليه العقد، ولم يسر حكمه إليه، لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة، وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع، ولكن إذا عجل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء، بخلاف الولد المولود فى الكتابة؛ لأنه ماءه بعد المكاتبة، فيدخل فى حكمه، ويسعى على نجومه، فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد الكتابة من امرأة له أمة، ينبغى أن يدخل فى كتابته؛ لأنه من ماءه بعد الكتابة. (عز)

(٥) قوله: "ورثه" لأنه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته، فينفعه فى ذلك الوقت، فيكونان حرين، فيظهر أنه مات حر عن ابن حر. (الزيلعى)

أى المكاتب
كان هو وابنه مكاتبين كتابةً واحدة.

المكاتب على الناس
ولو ترك(١) ولداً من حرة(٢) وديناً(٣) فيه وفاءٌ بمكاتبته، أى بما جنى القضاء
فجنى الولد، فقضى به على عاقلة الأم، لم يكن ذلك قضاء أى فى ولاء ولد المكاتب
بعجز المكاتب، وإن اختصم(٤) موالى الأم والأب فى ولاءه، أى قضى القاضى بولاءه أى قضاءه بذلك أى بعجز المكاتب على المولى و بيان لما
فقضى به لموالى الأم، فهو قضاء بالعجز، وما أدى المكاتب من الصدقات وعَجِزَ طاب(٥) لسيده(٦).

(٦) قوله: "وكذا" لأنهما حينئذٍ كشخص واحد يعتقان معًا أديا أو يردان فى الرق معًا إن لم يؤديا، وقد عتق الأب آخر حياته، فكذا الابن بالمعية. (الكشف)

(١) قوله: "ولو ترك" أى وإن مات المكاتب وترك ولدًا من امرأة حرة، وترك دينًا على الناس فيه وفاء ببدل الكتابة، فجنى الولد، فقضى القاضى بأرش الجناية على عاقلة الأم، لا يكون ذلك قضاء بعجز المكاتب؛ لأن هذا القضاء يقرر حكم الكتابة؛ لأنها تقتضى إلحاق الولد بموالى الأم، وإيجاب الدية عليهم، لكن على وجه يحتمل أن يعتق، فيجز الولاء إلى موالى الأب، والقضاء بما يقرر حكم الكتابة لا يكون تعجيزاً. (المجمع)

(٢) أى معتقه فسر الحرة ههنا بذلك؛ لأن حرة الأصل لا ولاء لأحد على ولدها. (الطحطاوى)

(٣) قيد لأن فى العين لا يتأتى القضاء بالإلحاق وبالأم لإمكان الوفاء فى الحال. (الدرّ المختار)

(٤) قوله: "وإن اختصم" أى إن اختصم موالى الأم وموالى الأب فى ولاءه، قضى به، أى قضى القاضى بالولاء لموالى الأم، فهو قضاء بعجزه أى المكاتب؛ لأن هذا اختلاف فى الولاء مقصودًا، وذلك على بقاء الكتابة وانتقاضها، فإنها إذا فسخت مات عبدًا، واستقر الولاء على موالى الأم، وإذا بقيت واتصل بها الأداء مات حرّاً، وانتقل الولاء إلى موالى الأب، وهذا فصل مجتهد فيه، فينفذ ما يلاقيه القضاء، ولهذا كان تعجيزاً.

وهذا كله فيما إذا مات المكاتب عن وفاء، فأديت الكتابة، أو عن ولد فأداها، أما إذا مات، لا عن وفاء، أو لا عن ولد، فاختلفوا فى بقاء الكتابة.

قال الإسكاف: تنفسخ حتى لو تطوع إنسان بأداء بدل الكتابة عنه، لا يقبل منه، وقال أبوالليث: لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به إنسان عنه قبل القضاء بالفسخ، جاز، ويحكم بعتقه فى آخر حياته. (المجمع)

(٥) قوله: "طاب" لأن الملك يتبدل، وتبدل الملك كتبدل العين، فصار لعين أخرى، وإليه أشار

على أحد بجناية | أى بالجناية | العبد عن الكتابة | العبد إلى الجناية

وإن جنى عبدٌ، فكاتبه سيده جاهلا بها فعجز دفع[1] أو

العبد بالأرش | يعنى حكمه كالأول | أى بموجب الجناية

فدى، وكذا[2] إن جنى مكاتبٌ ولم يقض به فعجز، فإن[3]

أى بموجب الجناية | أى على المكاتب | عن الأداء | أى موجب الجناية | المكاتب

قضى به عليه فى كتابته فعجز فهو دين بيع فيه، وإن مات

النبى ﷺ بقوله فى حق بريرة: «هى لها صدقة ولنا هدية حين أهدى إليها وكانت مكاتبة».

فإن قيل: إن ملك الرقبة كان للمولى، فكيف يتحقق تبدل الملك؟ قلنا: ملك الرقبة مغلوب فى مقابلة ملك اليد، حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى من التصرف فى ملكه، ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب من التصرف، وبالعجز ينعكس الحال، وليس هذا إلا تبدل الملك للمولى. (التكملة)

(٦) ولو كان السيد ممن لا تحل له الصدقات.

(١) قوله: "دفع" يعنى المولى بالخيار، إن شاء دفع العبد بالجناية، وإن شاء فداه بالأرش؛ لأنه لما كاتبه وهو يعلم بالجناية لزمه قيمته؛ لأنه لم يصر مختاراً للفداء بالمكاتبة من غير علم، وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختاراً، فيجب عليه الأقل من قيمته ومن الأرش، كما إذا أعتقه أو دبّره، أو استولد الجارية، أو باعه بعد ما جنى من غير علم بالجناية، إلا أن المانع من الدفع على شرف الزوال، فلم ينتقل حق ولى الجناية من العبد إلى القيمة، فإذا عجز زال المانع، فيخيّر بين الدفع والفداء على القاعدة. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وكذا" أى وكذا الحكم لو جنى المكاتب، فعجز عن الكتابة قبل القضاء، أى بموجب الجناية؛ لأنه لما عجز صار قنا، وحكم جناية القن يخيّر فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف فى موضعه. (المجمع)

(٣) قوله: "فإن" أى إن قضى بموجب الجناية عى المكاتب فى حال كتابته، وهو الأقل من قيمة ومن الأرش، فهو دين عليه، يباع فيه؛ لأن الحق انتقل من الرقبة إلى القيمة بالقضاء، وهذا عند علمائنا الثلاثة.

وقال زفر رحمه الله: يجب عليه قيمته، ولا يباع، وهو قول أبى يوسف رحمه الله أولا؛ لأن المانع من الدفع موجود وقت الجناية، وهو الكتابة، فوجب أن يكون موجبه القيمة، ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد.

ولنا أن الأصل فى جناية العبد الدفع، وإنما يصار إلى القيمة عند تعذر الدفع، والمنافع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة، فلا يثبت الانتقال عن الموجب الأصلى إلا بالقضاء، أو بالصلح عن الرضاء، أو بالموت عن الوفاء، وهو نظير المغصوب إذا أبق لا تجب عليه القيمة إلا بالقضاء حتى إذا رجع قبل القضاء يكون لمولاة، وإن رجع بعد القضاء يكون للغاصب. (الزيلعى)

السيد لم تنفسخ(١) الكتابة، ويؤدى(٢) المال إلى ورثته على نجومه، وإن(٣) [أى وإن حرر الورثة المكاتب] حرروه عتق مجانًا، وإن حرّر البعض [أى بعض الورثة] لم ينفذ(٤) عتقه.

---

(١) لأنها حق العبد، فلا يبطل بموت السيد، كالتدبير وأمومية الولد.

(٢) قوله: "ولا يؤدى" أى و يؤدى المكاتب البدل إلى ورثته، أى إلى ورثة سيده على نجومه؛ لأن النجوم حقه؛ لأنه أصل وهو الحق المطلوب، فلا يبطل بموت الطالب كالأجل فى الدين، هذا إذا كاتبه وهو صحيح، ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تاجيله إلا من الثلث. (المجمع)

(٣) قوله: "وإن" أى لو أعتقه جميع الورثة عتق، والقياس أن يعتق؛ لأنهم لم يملكوه؛ لأن المكاتب لا يقبل النقل بسائر الأسباب، فكذا بالإرث، فلهذا لا يكون للإناث منهم الولاء فيه، ولو ملكوه لكان لهم.

وجه الاستحسان: أن هذا يجعل إبراء عن بدل الكتابة، فإنه حقهم، وقد جرى فيه الإرث، فيكون الإعتاق منهم إبراء اقتضاءً أو إقرارًا بالاستيفاء منه، فتبرأ ذمته؛ لأنه لم يبقَ عليه دين، فيعتق لبراءة ذمته، كما إذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله، ويشترط أن يعتقوه فى مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم فى مجلس، وأعتقه الآخرون فى مجلس آخر، لم يعتق، وقيل: يعتق إذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الأول. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لم ينفذ" أى لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء؛ لأنه لا يملكه، ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم، ولا يمكن أن يجعل إبراء ولا إقرارًا بالاستيفاء؛ لأن إبراء البعض واستيفاءه لا يوجب عتقه؛ لتعذر ثبوت العتق من جهته، فيبطل المقتضى، وهو الإعتاق، ولا يبرأ من الدين أيضًا؛ لأن البراءة لم تثبت إلا اقتضاءً، فإذا بطل المقتضى للإبراء بطل المقتضى أيضًا؛ لأنه لم يثبت إلا به، وبطلان المقتضى يوجب بطلان المقتضى، بخلاف إعتاق الجميع؛ لأنه أمكن أن يجعل عبارة عما يحصل به العتق، وهو الإبراء عن جميع البدل، أو الإقرار بالاستيفاء للكل، ألا ترى أنهم لو أبرأوا جميعًا، أو أقرّوا بالاستيفاء عتق، ولو أبرأ بعضهم أو أقر باستيفاء نصيبه لا يعتق. (الزيلعى)

كتاب(١) الولاء(٢)

بفتح الواو

بأن دبّر عبده فمات، وعتق من ثلثه

الولاء(٣) لمن أعتق، ولو بتدبير(٤) وكتابة(٥)

(١) قوله: "كتاب" أورد كتاب الولاء عقب المكاتب؛ لأنه من آثار زوال ملك الرقبة، ولم يذكره عقب كتاب العتق، ليكون واقعًا عقب سائر أنواع العتق، فإن الكتابة من أنواعه. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "الولاء" الكلام فيه من وجوه: الأول: فى اشتقاقه، والثانى: فى بيان دليله، والثالث: فى سببه، والرابع: فى معناه لغةً، والخامس: فى معناه عند الفقهاء، والسادس فى ركنه، والسابع: فى شرطه، والثامن فى حكمه.

أما الأول: فهو مشتق من الولاء، وهو القرب، وهو حصول الثانى عقيب الأول من غير فصل، أو من الموالاة، يقال: ولى الشيء إذا حصل بعده من غير فصل، وهو مفاعلة من الولاية بالفتح، وهو النصرة والمحبة، ودليله قوله ﷺ: «الولاء لمن أعتق»، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب».

وسببه الإعتاق؛ لأن المولى أنعم على عبده بالإعتاق، قال الشارح: والأصح أن سببه العتق على ملكه؛ لأنه يضاف إليه، وللإضافة دليل الاختصاص، ولأن من ورث قريبه عتق عليه، وولاءه له، ولا إعتاق من جهته.

وأما معناه لغةً: فهو عبارة عن المعاونة والنصرة، أو عبارة عن المواصلة والمصادقة، وسمى الولى وليّا لتناصره وتعاونه لحبيبه وصديقه، وعند الفقهاء: عبارة عن التناصر، سواء كان بالإعتاق أو بعقد الموالاة.

وأما ركنه فقوله: أعتقت أو ملك القريب، أو عقدة الموالاة، ويشترط كون المعتِق أهلا للولاء، وهو أن يكون أهلا للإرث، وهو كونه حرّا مسلمًا، وأولاده يكونون أهلا بالعصوبة لا بالقرابة، وحكمه أن يعقل الجناية حال حياة معتقه، والإرث منه بعد مماته. (التكملة بحذف)

(٣) قوله: "والولاء" وهو لفظ الحديث أخرجه الأئمة الستة عن عائشة الصديقة رضى الله تعالى عنها عن النبى ﷺ: «الولاء لمن أعتق» يعنى إن أعتق مملوكه ذكرا كان السيد أو أنثى فولاءه له. (المجمع)

(٤) قوله: "بتدبير" فإن قيل: كيف يكون الولاء فى التدبير والاستيلاء للسيد والمدبر وأم الولد إنما تعتقان بعد موت السيد؟ قلنا: صورته أن يرتدّ السيد، ويلحق بدار الحرب حتى يحكم بعتق مدبره وأم ولده ثم جاء مسلمًا، فمات مدبره أو أم ولده، فالولاء له -انتهى-.

وفيه كلام؛ لأن الغرض إثبات الولاء للسيد فى جميع المواد، كما يدل عليه تصوير المسألة، فالجواب أن يقال: إن الولاء يثبت ابتداء للمولى، ثم ينتقل إلى ورثته، فيستقيم الكلام فى المكاتب الذى أدى البدل بعد موت السيد إلى الورثة، وكذا فى العبد الموصى بشراءه ثم أعتقه أو غيرهما تدبر. (المجمع)

واستيلاد[١] وملك قريب[٢]، وشرط[٣] السائبة لغو، ولو[٤] أعتق (رجل) حاملا من زوجها القن، (لرجل آخر) لا ينتقل ولاء الحمل عن موالى الأم (إلى مولى الأب) أبدًا، فإن[٥] (الأمة) ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر، فولاءه (الولد) لمولى الأم، فإن عتق العبد (قبل موت الولد) جر[٦] (وهو الأب) ولاء ابنه إلى مواليه.

---

(٥) بأن كاتب عبده، وأدى بدل الكتابة فعتق.

(١) بأن استولد جارية، ومات عتقت من جميع ماله.

(٢) بأن ملك أباه أو ابنه بشراء أو هبة أو نحو ذلك، فعتق عليه.

(٣) قوله: "وشرط" أى لو أعتق المولى عبده، وشرط أن لا يرثه، كان الشرط لغوًا لكونه مخالفًا لحكم الشرع فيرثه، كما فى النسب إذا شرط أنه لا يرثه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولو" أى ومن أعتق أمة حاملا من زوج قن للغير، فولدت الأمة الحامل ولدًا بعد عتقها لأقل من نصف سنة، فولاء الولد له، أى المولى، لا ينتقل ولاء الحمل عنه، أى عن مولى الأم إلى مولى الأب إن أعتق أبوه أبدًا؛ لأنها لما أعتقت، وتيقّن وجود الحمل فى ذلك الوقت عتق حملها مقصودًا؛ لأنه جزءها، فلا ينتقل من مواليها الولاء على التابيد، لقوله عليه الصلاة والسلام: «الولاء لمن أعتق». (المجمع)

(٥) قوله: "فإن ولدت" لا فرق بين المسألة المتقدمة وبين هذه إلا أنه فرض فى الأولى أنها ولدت لأقل من ستة أشهر، وفى هذه أنها ولدت لأكثر منها، وباقى المسألة بحاله، أو فى الحكم تفصيل، يعنى ولاءه فى هذه أيضًا لموالى الأم، كما كانت فى المتقدمة؛ لأن الولد جزءها، فيتبعها فى الصفات الشرعية، ألا يرى أنه يتبعها فى الحرية والرق، فكذا فى الولاء عند تعذر جعله تبعًا للأب.

فأما إذا أعتق الأب والولد حى يجر، وولاء الإعتاق ابنه من مولى الأم إلى قوم نفسه؛ لأن الولاء لحمة كلحمة النسب، ثم النسب من الآباء، وكذا الولاء، وإنما يكون من الأمهات للضرورة، وقد زالت بالعتق فينتقل إلى مولى الأب، كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم، ثم إذا كذب نفسه، ينتقل إلى الأب لزوال المانع، فإن مات مولى الأب قبل الولد بعد إعتاق الأب لا يكون مولى الأم وارثًا بذلك الولاء، كما قال ابن كمال الوزير فى "شرح الفرائض" وفى "التبيين".

هذا إذا لم تكن معتدة، فإن كانت معتدة فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من العتق، ولأقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاءه إلى مولى الأب؛ لأنه كان موجودًا عند عتق الأم، ولهذا ثبت نسبه من الزوج. (عز)

(٦) قوله: "جر" لأن مولى الأم لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد إعتاقها، وإنما نسب إليه الولد تبعًا

أى رجل نسبة إلى غير العرب منه وصلية
عجمى[١] تزوج معتقةً فولدت، فولاء ولدها لمواليها، وإن
أى للأب العجمى بكسر التاء
كان له ولاء الموالاة، والمعتِق[٢] مقدّم على ذوى الأرحام[٣]،

للأم، لتعذر نسبته إلى الأب، فإذا عتق الأب أمكن نسبته إليه، فجعله تبعًا له أولى من جعله تبعًا للأم؛ لأن الولاء كالنسب، قال عليه الصلاة والسلام: «الولاء لحمة كلحمة النسب»، والنسب إلى الآباء، فكذا الولاء، فينتقل إلى موالى الأب إذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم، ثم إذا كذب نفسه ينتقل إلى الأب لزوال المانع.

هذا إذا لم تكن معتدة، فإن كانت معتدة، فجاءت بولد لأكثر من ستة أشهر من وقت العتق، ولأقل من سنتين من وقت الفراق، ولا ينتقل ولاءه إلى مولى الأب؛ لأنه كان موجودًا عند عتق الأم لثبوت نسبة العلوق إلى ما قبل العتق، بل قبل الفراق، ولهذا ثبت نسبه من الزوج، فصادفه الإعتاق ضرورة، فلا ينتقل إلى مولى الأب.

والأصل فى جرّ الولاء ما روى مالك فى "الموطأ": عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن أن الزبير بن العوام اشترى عبدًا فأعتقه، وللعبد بنون من امرأة حرة، فقال الزبير: هم موالىّ، وقال موالى أمهم: هم موالينا، فاختصموا إلى عثمان بن عفان، فقضى للزبير لولاءهم.

وفى "الكافى" قلتم: الولاء كالنسب، والنسب لا يقبل الفسخ بعد ثبوته، لو كذا لولا يقبل الفسخ بعد ثبوته، قلنا: لا ينفسخ، ولكن حدث ولاء أولى منه، فقدم عليه، كما تقول فى الأخ: إنه عصبته، فإذا حدث من هو أولى منه كالابن لا تبطل عصوبته، ولكن يقدم عليه، ويلزم عليه أن يرث مولى الأم عند انقطاع مولى الأب بعد انتقال الولاء عن مواليها، أى مواليه، ولم يرد عن أحد أنهم يرثون بعد انتقال الولاء عنهم. (التكملة بتصرّف والزيلعى وشرح النقاية)

(١) قوله: "عجمى" يعنى إذا تزوج رجل غير عربى، وكان حر الأصل لم يمسه رق معتقه لأحد عربيا كان مولاها أو عجميا وعربية كانت المعتقة أو عجمية، فولدت المعتقة المذكورة ولدًا من زوجها المذكور، فولاء ولدها المولى الأم، سواء كان للزوج العجمى ولاء المولاة، بأن كان أبوه كافرًا، فأسلم فتزوج بمعتقه، ثم والى رجلا، أو لم يكن له ولاء، وهذا عند الطرفين.

وعند أبى يوسف حكمه أى حكم الولد حكم أبيه، فيكون الولاء لموالى أبيه، لا لمواليها؛ لأنه كالنسب، والنسب إلى الأب، وإن كانت الأم أشرف لكونه أقوى، وبه قال الأئمة الثلاثة.

ولهما أن ولاء العتاقة قوى معتبر، والنسب بين العجميين ضعيف؛ لأنهم ضيّعوا أنسابهم، ولا تفاخر لهم به، وكذا ولاء الموالاة ضعيف، والضعيف لا يعارض القوى.

قيّد بالأعجمى لأن أباه إن كان عربيًا يكون ولاءه لموالى أبيه اتفاقًا، كشرف نسبه، وقيّدنا بحُرّ الأصل لأن الأبوين لو كانا معتقين فالنسبة إلى قوم الأب اتفاقا؛ لأنهما استويا، والترجيح لجانب الأب. (عز)

(٢) قوله: "والمعتق" شروع فيما يوجبه ولاء العتاقة من جعل المولى عصبة لمن أعتقه، فيقول: من أعتق عبدًا يقدم فى باب الإرث على ذوى الأرحام، ويؤخر عن عصابة النسبية، فأما على الأولى لو

ولم يترك صاحب فرض بفتح التاء

مؤخّر عن العصبة[1] النسبية، فإن مات المولى، ثم مات المعتق،

يقدّم الأقرب فالأقرب

فميـراثه لأقرب[2] عصبة المولى، وليس[3] للنساء[4] من الولاء،

أعتق أحد عبده، ثم مات المعتق، وترك خالته وعمته أو نحوهما، وترك معتقه يرث المعتق دون الخالة والعمة، ونحوهما.

وأما على الثانية لو أعتق رجل عبده، فمات المعتق وترك ابنًا، أو أخًا أو عصبة غيرهما، وترك المعتق يرث الابن والأخ، دون المعتق، وكما يقدم المعتق على ذوى الأرحام، كذلك يقدم على الرد على ذوى الفروض، فإنه إذا بقى ممن ذوى الفروض شيء، فهو للمعتق، ولا يرد عليهم، وإنما قدّم المعتق على ذى الرحم، لما روى النسائى وابن ماجه من حديث عبد الله بن شداد عن ابنة حمزة بن عبد المطلب قالت: مات مولى وترك ابنة انقسم رسول الله ﷺ ماله بينى وبين ابنة، فجعل إلى النصف، ولها النصف.

ومن مسند الدارمى عن الحسن أن رجلا أتى النبى ﷺ برجل، فقال: إنى اشتريت هذا فأعتقته، فما ترى فيه، قال: أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له، وإن كفر فهو شر له، وخير لك، قال: فما ترى فى ماله، قال: إن مات ولم يدع وارثا، فتملك، وفى رواية عبد الرزاق قال: قال رسول الله ﷺ: «إن لم يكن له عصبة فهو لك».

وروى عبد الرزاق فى "مصفنه" عن معمر عن قتادة أن زيد بن ثابت كان يورث الموالى دون ذوى الأرحام، وعمرو بن مسعود كانا يورثان ذوى الأرحام دون الموالى. (عز)

(٣) جمع ذى الرحم وهو من لا فرض له ويدخل فى نسبته إلى الميت أنثى.

(١) وهو كل من يأخذ ما أبقته أصحاب الفرائض وعند الانفراد يأخذ المال كالابن.

(٢) قوله: "لأقرب" لأن الولاء يجر الإرث، وإنما يثبت للعصبة بطريق الخلافة، فيقدم الأقرب حتى لو ترك أبا مولاه، وابن مولاه كان الولاء للابن، ولو ترك جد مولاه وأخًا مولاه، كان الولاء للجد؛ لأنه أقرب فى العصوبة، وفى الأولى خلاف أبى يوسف، فإنه يعطى الأب السدس، والباقى للابن، والثانى خلاف من يرى توريث الإخوة مع الجد. (التكملة)

(٣) قوله: "وليس" قال فى "الهداية": وبهذا اللفظ ورد الحديث آخر، فكأن المصنّف أورده تعليلا لقوله: فميراثه لأقرب عصبة المولى.

قال شارح "النقاية": وهذا ليس بموجود فى كتب الحديث، وإنما فيها ما روى البيهقى عن على وابن مسعود وزيد بن ثابت أنهم كانوا يجعلون الولاء للكبير من العصبة، ولا يورثون النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن.

وما روى ابن أبى شيبة عن الحسن أنه قال: لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو أعتق من أعتقن.

وعن عمر بن عبد العزيز قال: لا يرث النساء من الولاء إلا ما أعتقن، أو كاتبن.

إلا[1] ما أعتقن، أو أعتق مَن أعتقن، أو كاتبن، أو كاتب من كاتبن.

وروى نحوه عن ابن سيرين وابن المسيب وعطاء والنخعي.

والحاصل أن هذا الحديث لا يثبت رفعه إلى النبي ﷺ، لكن قال في "المبسوط": والحديث وإن كان شاذا فقد تأكد بما اشتهر من أقاويل الكبار من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم، وزبدة كلامه أنه في حكم المرفوع ومقامه، إذ لا يتصور مثله من الرأي وأحكامه. . . اهـ.

وفي "الذخيرة": ولو أن امرأة اشترت أباها حتى عتق عليها، ثم مات الأب عن هذه الابن وبنت أخرى، فالثلثان لهما بحكم الفرض، والباقي للمشترية بحكم الولاء، ولو كان الأب بعد ما عتق على بنته أعتق عبداً ثم مات الأب، ثم مات معتَق الأب، وبقيت الابنة المشتراة، كان الميراث للمشتراة، ويرث ابن المعتق من ولد المعتق. . . اهـ (عز)

(٤) فلو مات المعتق ولم يترك إلا بنت المعتق، فلا شيء لها في ظاهر الرواية، ويوضع ماله في بيت المال، وذكر الزيلعي أن بنت المعتق ترث في زماننا لفساد بيت المال.

(١) قوله: "إلا" يعني ليس للنساء من الولاء فيء الولاء معتقهن، أو ولاء مكاتبهن، بأن كاتبت امرأة عبداً، فعتق بعد أداء البدل إليها، ثم مات، فولاءه للمعتقة، أو ولاء مكاتب مكاتبهن، بأن كاتبت المرأة عبداً وكاتب المكاتب عبده، وعتق بأداء البدل المكاتب الأول، ثم مات المكاتب الثاني.

في ولاء الموالاة

فصل[١]

إذا مات، مكلف

أسلم[٢] رجل على[٣] يد رجل ووالاه[٤] على أن يرثه،

(١) قوله: "فصل" أخر ذكر ولاء الموالاة عن ذكر ولاء العتاقة؛ لأن ولاء العتاقة أقوى لثبوته بالإجماع، وفي ولاء الموالاة خلاف، ولأن ولاء العتاقة لا يقبل الفسخ، وولاء الموالاة يقبله، فإن للمولى أن ينتقل عنه قبل العقل، ، والكلام من وجوه: الأول: في دليله -وسيجيء-، والثاني في ركنه، وهو قوله: أنت مولائي على كذا، والثالث في تفسيره لغةً وشرعًا.

أما الأول: فهو مشتق من الولي، وهو القرب، وحصول الثاني بعد الأول من غير فصل، وسمى ولاء العتاقة ولاء الموالاة.

وأما الثاني: فهو أن يسلم رجل على يد رجل، فيقول الذي أسلم على يده: واليتك على أني إن متّ فميراثي لك، إن جنيت فعقلي عليك وعلى عاقلتك، وقبل الآخر هذا.

والرابع: في شرطه فله ثلاث شرائط: أحدهما: أن يكون مجهول النسب، بأن لا ينسب إلى شخص، بل ينسب إلى غيره، وأما نسبة غيره إليه فغير مانعة، والثاني: أن لا يكون له ولاء عتاقة، ولا ولاء الموالاة مع أحد، وقد عقل عنه، والثالث: أن لا يكون عربيًا.

والخامس: في حكمه فحكمه الإرث والعقل عنه. (الشلبي والتكملة بتصرّف من المحشّي)

(٢) قوله: "أسلم [قيد الإسلام اتفاقي]" أي ولو أسلم رجل على يد رجل ووالاه، أو والى غيره على أنه يرثه إذا مات، ويعقل عنه إذا جنى، صحّ هذا الولاء عندنا، ويعقل عنه إذا جنى جناية موجبها المال، ويرثه إن لم يكن له وارث، ونفاه مالك والشافعي رحمهما الله، فإن الإرث متعلق بالقرابة أو الزوجية بالنص، أو بالعتق بالحديث، ولم يوجد واحد منها.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَانُكُمْ فَآتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ أي نصيبهم في الميراث، والمراد به الموالاة، وما في السنن الأربعة عن تميم الداري قال: يا رسول الله ﷺ ما السنة في الرجل يسلم على يد رجل من المسلمين، قال: هو أولى الناس بمحياه ومماته، ورواه الحاكم في "المستدرك"، وقال: على شرط "مسلم".

وروى ابن أبي شيبة في الديَات: أن رجلا أتى عمر، فقال: إن رجلا أسلم على يدي، فمات وترك ألف درهم، فخرجت منها، فقال: أرأيت لو جنى جناية على من يكون؟ قال: عليّ، قال: فميراثه لك، يعني الغنم بالغرم.

وما في "المبسوط": من حديث زياد عن علي أن رجلا من أهل الأرض أي البادية أتاه بواليه، فأبى على ذلك، فأتى ابن عباس، فوالاه.

من حديث مسروق: أن رجلا من أهل الأرض والى ابن عم له، وأسلم على يده، فمات وترك مالا، فسأل ابن مسعود عن ميراثه، فقال: هو لمولاه. (شرح النقاية)

وقبل الآخر منه — العقدَ — أى جنايته

ويعقل(١) عنه، أو على يدِ غيره ووالاه(٢) صح، وعقله على

أى القابل للموالاة — من النسب. — أى مـــاللذى والاه

مولاه، وإرثه له إن لم يكن له وارث، وهو(٣) آخر ذوى

أى للموالي — أى عن الذى قبل الموالاة

الأرحام، وله(٤) أن ينتقل عنه إلى غيره بمحضر من الآخر

القابل — أو من ولده — بفتح التاء — رجل بشروطها

مالم(٥) يعقل عنه، وليس(٦) للمعتق أن يوالى أحدا، ولو والت

ولدًا لا يعرف له أب — أى فى عقد الموالاة

امرأة فولدت، تبعها(٧) فيه.

---

(٣) فإن الشرط كونه عجميًا لا مسلمًا.

(٤) بأن قالت: أنت مولائى ترثنى إذا مت، وتعقل عنى إذا جنيت.

(١) أى ويؤدى الجناية إذا جنى.

(٢) معناه أنه أسلم على يد رجل ووالى غيره.

(٣) قوله: "وهو" أى يؤخر مولى الموالاة فى الميراث عن ذوى الرحم، يعنى لو كان له عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الأرحام، يكون أولى منه؛ لأن المولاة عقدهما، وذوو الأرحام ورثته بنص الكلام. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وله" وكذا للأعلى التبرئ عنه بمحضر منه؛ لأن العقد غير لازم، فلكل منهما أن ينفرد بفسخه بعلم صاحبه، وإن كان الآخر غائبًا لا يملك فسخه، وإن كان لازم؛ لأن العقد قد تمّ بهما، ولا يعرى عن ضرر، وهذا بخلاف ما إذا عقد الأسفل الموالاة مع غير الأول بغير محضر منه، حيث يصح الثانى، وينفسخ الأول؛ لأنه فسخ حكمى، فلا يشترط فيه العلم، كالوكالة والمضاربة والشرك. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "ما لم" لأنه إذا عقل عنه ليس له أن يتحول إلى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به، ولحصول المقصود به، ولاتصال القضاء به، ولأن ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع من حيث إنه تبرع بالقيام بخصومة، وعقل جناية، فإذا عقل عنه، صار كالعوض فى الهبة. (ز)

(٦) قوله: "وليس" لأن ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض بعد ثبوته، فلا يفسخ، ولا ينعقد معه؛ لأنه لا ينقل، لأن الإرث بولاء العتاقة مقدم على الإرث بولاء الموالاة، ألا ترى أن شخصًا لو مات وترك مولى عتقه، ومولى موالاته، كان المال للمعتق. (التكملة)

(٧) قوله: "تبعها [الولد، وقالا: يتبعها]" وكذا لو أقرت أنها موالاة فلان، ومعها صغير لا يعرف له أب، صحّ إقرارًا على نفسها، ويتبعها ولدها، ويصيران مولى فلان، وهذا عند أبى حنيفة

رحمه الله، وقالا : يتبعها ولدها فى الصورتين؛ لأن الأم لا ولاية لها فى ماله، فأن لا تكون لها فى نفسه أولى.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الولاء كالنسب، وهو نفع محض فى حق الصغير الذى لم يدر له أب، فتملكه الأم، كقبول الهبة. (الزيلعى)

اعلم أن ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من ثلاثة وجوه : أحدها : أن فى الموالاة يتوارثان من الجانبين إذا اتفقا على ذلك، بخلاف ولاء العتاقة، والثانى : أن ولاء الموالاة يحتمل النقض، بخلاف ولاء العتاقة، والثالث : أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوى الأرحام، وولاء العتاقة مقدم على ذوى الأرحام. (الشلبى)

وهو في اللغة : الإجبار

كتاب[1] الإكراه[2]

شرعًا — أي بسبب هذا الفعل — أي رضا ذلك الغير

هو فعلٌ يفعله الإنسان بغيره، فيزول به الرضا، وشرطه[3]

---

(١) قوله: "كتاب" قيل فى مناسبة الوضع أن الولاء لما كان من آثار العتق، والعتق مما لا يؤثر فيه الإكراه، ناسب ذكر الإكراه عقب الولاء، وإن فى الإكراه تغير حال المخاطب من الحرمة إلى الحل، ألا ترى أنه بالإكراه يحل مباشرة ما كان حرامًا قبله فى عامة المواضع، وكذلك بالوالاة يتغير حال المولى الأعلى عن حرمة تناول مال المولى الأسفل إلى الحل. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "الإكراه" الكلام فيه فى مواضع: الأول: فى معناه لغةً، والثانى: عند الفقهاء، والثالث: فى ركنه، والرابع: فى دليله، والخامس: فى شرطه، والسادس: فى حكمه، فهو فى اللغة عبارة عن حمل إنسان على شيء يكره، يقال: أكرهت فلانًا إكراهًا، أى حملته على أمر يكرهه، وهو عند الفقهاء ما سيأتى.

وركنه: اللفظ الذى يفيده.

ودليله: من الكتاب قوله تعالى: ﴿إلا مَنْ أُكْرِهَ﴾ الآية.

وشرطه: سيأتى فى الكتاب.

وحكمه: إذا حصل به إتلاف أن ينتقل إلى المكره فيما يصلح أن يكون آلة للمكره، ويجعل كأنه فعله بنفسه، كما سيجيء.

والإكراه نوعان: ملجئ، وغير ملجئ، فالملجئ هو الكامل ما يخاف على نفسه أو عضوه، فإنه يعدم الرضاء، ويوجب الإلجاء، ويفسد الاختيار، وغير الملجئ هو القاصر، وهو أن يكره بما لا يخاف على نفسه، ولا على تلف عضو من أعضاءه، كالإكراه بالضرب الشديد، أو القيد أو الحبس، فإنه يعدم الرضاء، ولا يوجب الإلجاء، ولا يفسد الاختيار، وهذا النوع من الإكراه لا يؤثر إلا فى تصرف يحتاج فيه إلى الرضا، كالبيع والإجارة والإقرار، والأول يؤثر فى الكل.

ثم اعلم أن الإكراه لا ينافى أهلية المكره، ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال؛ لأن المكره مبتل، والابتلاء يحقق الخطاب، والدليل عليه أن أفعاله متردد بين فرض وحظر وإباحة ورخصة، ويأثم تارة ويؤجر أخرى، فيحرم عليه قتل النفس، وقطع الطريق، والزنا، ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك، ويثاب عليه إن امتنع، ويباح له بالإكراه أكل الميتة وشرب الخمر، ويرخص له بإجراء كلمة الكفر، وإتلاف مال الغير وإفساد الصوم، والجناية على الإحرام، وهذا دليل على أنه مخاطب. (التكملة)

(٣) قوله: "وشرطه" لأن الإكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره، فينتفى به رضاه، أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته، وذلك لا يتحقق إلا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك؛ لأنه بالتهديد من

أي إيجاد أي خوف

قــدرة المُكـــره علــى تحقيق مـا هدد به سلطانًا كـان أو

بأن غلب على ظنه أنه يفعله بفتح الراء

لصـا، وخـوف المكره وقـوع مـا هدّد بـه، فلو[١] أُكـره على

بيع[٢]، أو شـراء[٣]، أو إقـرار[٤]، إجـارة بقـتلٍ[٥]، أو ضـربٍ

أي طويل المكره -بالفتح- بعد زوال الإكراه

شديدٍ[٦]، أو حبسٍ[٧] مديدٍ خيـر[٨] بين أن يمـضى البـيع، أو

القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعًا، وبدونهما لا يصير ملجأ، فلا يثبت به حكمه.

وما روى عن أبى حنيفة رحمه الله من أن الإكراه لا يتحقق إما من السلطان، فذلك محمول على ما شاهد فى زمانه؛ لأن القدرة والمنعة لم تكن فى ذلك العصر إلا للسلطان، فأجاب على ما شاهده، وفى زمانهما كان لكل مفسد متلصّص قدرة على ذلك لفساد الزمان، فأفتيا على ما شاهدا، وبه يفتى، إذ ليس فيه اختلاف يظهر فى الحجة. (الزيلعى)

(١) قوله: "فلو" لما فرغ من بيان تعريف الإكراه، وشرطه شرع فى تفصيل صور الإكراه، وبيان أحكامها، والإكراه تارة فى حقوقه تعالى، وحقوق العبد مقدمة على حقوق الله تعالى، والبيع والشراء والإقرار والإجارة مما يحتاج إلى الرضا، والإكراه ملجأ كان أو غيره، يفسد الرضا الذى هو شرط لصحة هذه التصرفات، قدم ذكرها على غيرها. (عز)

(٢) بأن قال له: إن لم تبع هذا العبد مثلا قتلتك.

(٣) مثل أن يقول له: إن لم تشتر هذا قتلتك.

(٤) بأن قال: إن لم تقر لى بألف مثلا قتلتك.

(٥) بأن قال: إن لم تؤجرنى دارك هذه قتلتك.

(٦) أى أو أكره على هذه الأشياء بنحو ضرب... إلخ.

(٧) بخلاف حبس يوم، أو قيده، أو ضرب غير شديد إلا الذى جاء. (الدرّ المختار)

(٨) قوله: "خير" أما البيع ونحوه فلفوات شرط صحته، وهو الرضا، وأما الإقرار فلأنه خبر يحتمل الصدق والكذب دليل أنه كذب موجود هنا، وهو الإكراه، والأصل عندنا أن تصرفات المكره كلها منعقدة قولا، إلا أن ما يحتمل الفسخ منها، كالبيع والإجارة له أن يفسخه، وما لا يحتمله، كالطلاق والنكاح والإعتاق والتدبير والاستيلاء والنذر يلزم، وعند مالك والشافعى وأحمد: لا يلزمه. (شرح النقاية)

أى بالبيع ونحوه مكرهًا للمشترى ونحوه — أى لكونه فاسد

يفسخه، ويثبت(١) به الملك عند القبض(٢) للفساد،

أى قبض المكره الثمن. أى طائعًا — أى كتسليم البائع المكره المبيع

وقبض(٣) الثمن طوعا إجازة، كالتسليم(٤) طائعًا.

حالية — بفتح الراءِ على القبض

وإن هلك المبيع فى يد المشترى وهو غير المكره، والبائع(٥)

بفتح الراء على التسليم — بفتح الراءِ — بكسر الراء

مكره، ضمن قيمته للبائع، وللمكرَه(٦) أن يضمن المكرِه،

أى ولو أكره على...إلخ — أى وعلى أكل لحم ميتة

وعلى(٧) أكل لحم خنزير وميتةٍ ودمٍ، وشرب خمر بحبس، أو

---

(١) قوله: "ويثبت" أى يملكه أى المبيع المشترى إن قبض المشترى المبيع؛ لأن بيع المكره فاسد، وذلك أن ما هو ركن العقد ينعدم الإكراه، وهو الإيجاب والقبول فى محله، وإنما انعدم ما هو شرط الجواز، وهو الرضا لقوله تعالى: ﴿إلا أنْ تَكُوْنَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ﴾، وتأثير انعدام شرط الجوز فى إفساد العقد، كما فى الربا، فإن المساواة فى الأموال الربوية شرط جواز العقد، فإذا انعدمت كان العقد فاسدًا، وعندنا فى البيع الفاسد يملك المشترى المبيع بالقبض وعند مالك والشافعى وأحمد لا يملك. (شرح النقاية)

(٢) أى قبض المبيع.

(٣) قوله: "وقبض" أى لو أكره على البيع وقبض الثمن طوعًا كان إجازة، كما إذا أسلم المبيع طائعًا؛ لأن القبض أو التسليم طائعًا دليل الرضا، وهو الشرط، بخلاف ما إذا أكره على الهبة دون التسليم، وسلم حيث لا يكون إجازة، وإن سلم طوعًا؛ لأن غرض المكره إنما هو استحقاق الموهوب له، لا مجرد لفظ الهبة، والاستحقاق لا يثبت فيها بدون التسليم، فكان التسليم فيها داخلا فى الإكراه، والإكراه فى البيع يفسد بنفس العقد، ولم يكن التسليم فيه داخلا فى الإكراه فافترقا. (الزيلعى والمجمع)

(٤) بأن كان الإكراه على البيع لا على الدفع. (الكشف)

(٥) قوله: والبائع" بيان الموانع، إذ لا يتصور الإكراه إلا بإيقاع الفعل المهدد به على أحدهما، فإذا لم يكن المشترى مكرهًا، تعين الإيقاع على البائع ضرورة. (الكشف)

(٦) قوله: "وللمكره" أى يجوز للبائع المكره أن لا يضمن المشترى، بل يضمن المكره؛ أن المكره -بالفتح- آلة له، فكان المكره -بالكسر- دفع مال المكره -بالفتح- إلى المشترى. (عز)

(٧) قوله: "وعلى" أى لو أكره على هذه الأشياء بما لا يخاف على نفسه، أو على عضوه، كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه، وبما يخاف يسعه ذلك؛ لأن حرمة هذه الأشياء مقيدة بحالة الاختيار، وفى حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى: ﴿إلا مَا اضْطُرِرْتُمْ إلَيْهِ﴾، فإنه استثنى حالة

ضرب، أو قيد لم يحل، وحلّ(١) [إقدامه] بقتل وقطع وأثم(٢) [أى إذا امتنع من الأكل، وصبر حتى أتلف أثم] بصبره، وعلى الكفر(٣) وإتلاف مال مسلم(٤) بقتل [أى بقتل نفس]، وقطع [أى وقطع طرف] لا بغيرهما(٥) [كالضرب والحبس]

الضرورة، والاضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء الاستثناء؛ لأنه تكلم بالحاصل بعد الثنيا، فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار، وفى حالة الاضطرار مباح، والاضطرار يحصل بالإكراه الملجئ، وهو أن يخاف على نفسه، أو على عضو من أعضاءه، كما فى حالة المخمصة، ولا يحصل ذلك بضرب السوط، ولا بالحبس، حتى لو خاف ذلك منه، وغلب على ظنه يباح له ذلك، وقدره بعضهم بأدنى الحد، وهو أربعون سوطًا، فإن هدّده به وسعه، وإن هدّده بأقل من ذلك لا يسعه؛ لأن ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجرًا لا متلفًا، بخلاف الحد، فإن فيه ما يكون متلفًا.

قلنا: لا وجه التقدير بالرأى، وأحوال الناس مختلفة، فهو من يحتمل الضرب الشديد، ومنهم من يموت بأدنى منه، فلا طريق سوى الرجوع إلى رأى المبتلى به، فإن غلب على ظنه إن تلف النفس، أو العضو يحصل بذلك وسعه، وإلا فلا. (الزيلعى)

(١) أى وحل الإقدام، بل فرض إن أكره بقتل وقطع، أو ضرب، يخاف منه التلف على نفسه، أو عضوه. (الطائى)

(٢) قوله: "وأثم" وعن أبى يوسف، وهو قول الشافعى، ورواية عن أحمد لا يأثم، وكذا من أصابته مخمصة، فلم تناول من الميتة حتى مات، أثم فى ظاهر الرواية عن أبى يوسف.

والأصل عنده أن الاسم ينتفى بهما، أما الأولى فلقوله تعالى: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَّلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيهِ﴾، وقوله: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾.

وأما الثانية: فلأن الحرمة متعلقة بصفة الميتة، أو الخمر، وبالضرورة لا يزول ذلك، فإذا امتنع المضطر، كان امتناعه من تناول الحرمة، فلا يأثم؛ لأنه متمسّك بالعزيمة، ووجه الظاهر أن حالة الاضطرار مستثناه من الحرمة، قال الله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إلا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾، والمستثنى من الحرام والحلال، ومن امتنع عن الطعام الحلال حتى هلك يكون آثمًا، وأما لو فعل ما ذكر من غير ملجئ، بأن يكون بضرب، أو حبس، أو قيد فلم يحل. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وعلى الكفر [أى ولو أكره على . . . إلخ]" أى لو أكره على كلمة الكفر، أو إتلاف مال إنسان بشيء يخاف نفسه، أو على أعضاءه كالقتل، وقطع الأطراف يرخص له إجراء كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالإيمان، لقوله تعالى: ﴿مَنْ كَفَرَ بِاللهِ مِنْ بَعْدِ إِيْمَانِهِ إلا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مَطْمَئِنٌّ بِالإِيْمَانِ﴾ الآية.

ولما روى الحاكم فى "المستدرك" عند تفسير سورة النحل عن أبى عبيده بن محمد بن عمار بن ياسر، وقال: صحيح على شرط الشيخين أن المشركين أخذوا عمار بن ياسر، فلم يتركوه حتى سب النبى ﷺ، وذكر آلهتهم بخير، ثم تركوه، فلما أتى النبى ﷺ قال له: ما وراءك، قال: شر يا رسول الله ﷺ ما تركت حتى نلت منك، وذكرت آلهتهم بخير، قال: فكيف تجد قلبك، قال: مطمئنًا بالإيمان، فإن عادوا فعد، رواه أبو نعيم فى "الحلية"، وعبد الرزاق فى "مصنفه"، وفيه نزل قوله تعالى: ﴿إلا

جواب لقوله: وعلى الكفر　المكره في هذه الأشياء
يرخص، ويثاب[(١)] بالصبر، وللمالك[(٢)] أن يضمّن المكره،
أى ولو أكره على...إلخ　هو محقون الدم　له فى ذلك
وعلى قتل[(٣)] غيره بقتل لا يرخص، فإن[(٤)] قتله أثِم ويقتصّ

مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيْمَانِ﴾. (الزيلعى وشرح النقاية)

(٤) أى ذمى لا حربىّ.

(٥) قوله أى لا يرخص بغيرهما، أى بغير القتل والقطع، يعنى إذا أكره على كلمة الكفر أو إتلاف مال مسلم بغير القتل والقطع، بأن أكره بضرب، أو قيد، أو حبس لا يقدم؛ لأنه ليس بملجئ، ولهذا لا يكون إكراهًا فى شرب الخمر، فكيف يكون إكراهًا فى الكفر، وهو أعظم. (العينى)

(١) قوله: "ويثاب" أى إن لم يظهر الكفر، وصبر على ما أكره به من قتل، أو قطع أثيب؛ لأن الحرمة لما كانت باقية كان باذلا نفسه لإعزاز الدين تمسكًا بالعزيمة، فكان شهيدًا.
ولما روى أن مسيلمة الكذاب أخذ رجلين، فقال لأحدهما: ما تقول: فى محمد؟ فقال: رسول الله ﷺ، قال: فما تقول: فىّ، قال: أنت أيضًا، فخلاه، وقال لآخر: ما تقول فى محمد؟ قال: رسول الله ﷺ، قال: فما تقول: فىّ، أنا أصم، فأعاد عليه ثلاثًا، فأعاد جوابه، فقتله، وبلغ ذلك رسول الله ﷺ، فقال: أما الأول فقد أخذ برخصة الله تعالى، وأما الثانى فقد صدع بالحق، فهنيئًا له.
وما فى "صحيح البخارى": من صبر خبيب على القتل، وقوله حين عزموا على قتله:

ولستُ أبالى حين أقتل مسلمًا　على أى شق كان لله مصرعى
وذلك فى ذات الإله وإن يشاء　يبارك على أوصال شلو ممزع

أى أعضاء جسد مقطع، وهو حبيب بن عدى الأنصارى، حضر بدرًا، وأُسر فى غزوة الرجيع سنة ثلاث، فانطلق به إلى مكة، فاشتراه بنو الحارث بن عامر، وكان خبيب قد قتل الحارث يوم بدر كافرًا، فاشتراه بنوه، فأقام عندهم أسيرًا، ثم صلبوه بالتنعيم، وهو أول من صلب من أهل الإسلام، ولما خرجوا به من الحرم ليقتلوه قال: دعونى أصلى ركعتين، ثم أنشأ البيتين.
واعلم أن جنس هذه المسائل ثلاثة أوجه: فى وجه العزيمة فيه الإقدام على ما أكره عليه، ولو امتنع حتى قتل يأثم، وهى شرب الخمر وتناول الميتة، وما يجرى مجراه.
وفى وجه يرخّص الإقدام عليه مع أن العزيمة هو الامتناع، وهو إجراء كلمة الكفر وسبّ النبى ﷺ، وما هو كفر واستخفاف بالدين، حتى لو أقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به، ولو صبر حتى قتل، يكون مأجورًا.

وفى وجه العزيمة هو الامتناع عنه، ولا يرخص فى الإقدام عليه بحال، وهى قتل نفس معصوم محترم، أو قطع عضو منه، والزنا لا يحل له أن يقدم عليه بحال. (الشلبى)

(٢) قوله: "وللمالك" أى وإذا لم يصبر وأتلف المال، فللمالك المال الذى أتلفه المكره أن يضمن المكره -بكسر الراء- لأن المكره -بالفتح- آلة فيما يصلح آلة. (العينى والطائى)

(٣) قوله: "على قتل [مثلا أكره على قتل عمرو]" أى لو أكره على قتل غيره بالقتل لا يرخص له

بكسر الراء دون المكره بالفتح. أي ولو أكره على امرأة. أي أعتق عبده، أو طلق امرأة

المكرِه فقط، وعلى إعتاق(١) وطلاق، ففعل وقع ورجع(٢)

المكره -بالفتح-

بقيمته(٣)، ونصف مهرها إن لم يطأها(٤)، وعلى الردّة(٥) لم تبن

القتل لإحياء نفسه؛ لأن قتل المسلم لا يباح للضرورة، فكذا لإكراه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "فإن" أي إن قتل المكره غيره، فالقصاص على المكره -بكسر الراء- فقط، أي دون المكره -بالفتح- إن كان القتل عمدًا، لكونه حاملا، ولا يقتصّ القاتل؛ لأنه آلة له كالسيف، هذا عند الطرفين، وعند أبي يوسف رحمه الله لا يجب قصاص على أحد منهما؛ لأن الحد مضاف إلى المكره من وجه؛ لأن المباشر إلى المكره من وجه؛ لأن الحامل فهو كالدافع إلى القتل، فتمكث فيه الشبهة في الجانبين، فلا قصاص على واحد منهما، فالدية في مالهما أو العاقلة لتحملها في العمد.

وعند زفر يقتصّ الفاعل فقط؛ لأنه هو المباشر حقيقة، وكذا على المكره، وعند الأئمة الثلاثة يقتصّ كل منهما لكون الفاعل مباشرًا، والحامل سببًا. (المجمع بتصرّف)

(١) قوله: "وعلى إعتاق [عبده]" أي لو أكره على إعتاق، أو طلاق، فأعتق، أو طلّق، وقع العتق والطلاق؛ لأن الإكراه لا ينافي الأهلية على ما بيّناه، وعدم صحة بعض الأحكام كالبيع والإجارة والأقارير لمعنى راجع إلى التصرف، وهو كونه يشترط فيه الرضا، ومع الإكراه لا يوجد الرضا، وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع، ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما، بخلاف البيع وأخواته. (الزيلعي)

(٢) قوله: "ورجع" لأن الإتلاف منسوب إليه، والمكره آلة له، فيرجع بقيمة العبد عليه موسرًا كان أو معسرًا؛ لأنه ضمان إتلاف، فلا يختلف باليسار والإعسار، إذ ضمان العدوان لا يختلف بهما، بخلاف ضمان الإعتاق؛ لأنه ضمان إفساد بتصرف في ملكه من غير تعد، ولا سعاية على العبد؛ لأن السعاية إنما تجب على للخروج إلى الحرية، كما في معتق البعض، أو لتعلق حق الغير به، كعتق الرهن المرهون وهو معسر، أو عتق المريض عبده وعليه ديون، أو لم يخرج من الثلث، ولم يوجد شيء من ذلك هنا.

ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن؛ لأن الضمان وجب عليه بفعله، فلا يرجع به على غيره، وكذا يرجع بنصف المهر إن كان قبل الدخول، وكان المهر مسمى في العقد، وإن لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة؛ لأن ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتهما بمعصية، كالارتداد، ويقبل ابن الزوج، وقد تأكد ذلك بالطلاق، فكان تقريرًا للمال من هذا الوجه، فيضاف تقريره إلى المكره، والتقرير كالإيجاب، فكان متلفًا له، فيرجع عليه، بخلاف ما إذا دخل بها؛ لأن المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق. (الزيلعي)

(٣) أي بقيمة العبد على المكره -بالكسر-.

(٤) أي إن كان قبل الدخول، وكان المهر مسمى في العقد.

(٥) قوله: "وعلى الردة" أي لو أكره على الردة، وأجرى كلمة الكفر على لسانه، وقلبه مطمئن

زوجته.

بالإيمان، لم تبن امرأته؛ لأنه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك، وأنكر هو، كان القول قوله استحسانًا، والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما؛ لأن كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها، فيستوى فيها الطالع والمكره كلفظة الطلاق.

ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة، وإنما تقع الفرقة باعتبار تغيّر الاعتقاد، والإكراه دليل عى عدم تغير، فلا تقع الفرقة، ولهذا لا يحكم عليه بالكفر، بخلاف ما إذا أسلم مكرهًا حيث يحكم عليه بالإسلام؛ لأنه وجد أحد الركنين، وفى الركن الآخر احتمال، فرجحنا جانب الوجود احتياطًا؛ لأن الإسلام يعلو، ولا يعلى، ونظيره السكران فإن إسلامه صحيح، وكفره لا يصح، ولا يحكم بردته لعدم القصد هذا بيان الحكم، أما فيما بينه وبين الله تعالى، فإن لم يعتقد فليس بمسلم. (الزيلعى)

كتاب[1] الحجر[2]

أى من حيث القول. أى لا من حيث الفعل. فى العبد

هو منعٌ عن التصرف قولا لا فعلا بصغر[3] ورقّ

(١) قوله: "كتاب" أورد الحجر بعد الإكراه لما أن بينهما سلب الاختيار إلا أن الإكراه أقوى؛ لأن فيه سلبه عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة، بخلاف الحجر، فكان أحق بالتقديم أو محاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور، وقد يكون النظر والشفقة لغيره، ودفع الأذى عنه، كما فى حجر المديون والسفيه على قولهما، وحجر المريض عن عن التصرّف فى الرهن وحجر العبد لحق المولى، وفى اصطلاح الفقهاء عبارة عن حجر مخصوص، وهو الحجر الحكمى الذى لا يصير تصرّف المحجور عليه مفيدًا، حتى إذا باع وحصل القبض لا يفيد الملك، وهو الفرق بين الحجر والنهى، فإن النهى يفيد الملك بعد القبض، كما فى البيع الفاسد. (الشلبى)

(٢) قوله: "الحجر" اعلم أن الحجر مثلثة، كما فى القاموس، والأقرب المنع مطلقًا، ومنه يسمى العقل حجرًا -بالكسر- كقوله تعالى: ﴿هَلْ فِي ذَلِكَ قَسَمٌ لِّذِي حِجْرٍ﴾ وسمى به لأنه يمنع صاحبه عن القبائح، وسمى الحطيم حجرًا؛ لأنه منع من بناء الكعبة.

وشرعًا: ما بيّنه الشيخ، وأسبابه ثلاثة: الصغر، والرق والجنون، وألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر: المفتى الماجن، والطبيب الجاهل، والمكارى المفلس، ودليله ما روى أنه عليه الصلاة والسلام حجر على معاذ، وقسّم مالا لغرماءه.

واعلم أيضًا: أن الرق ليس بسبب للحجر فى الحقيقة؛ لأنه مكلف محتاج كامل الرأى، كالحر غير أنه ما فى يده ملك للمولى، فلا يجوز له أن يتصرف لأجل حق المولى.

وأيضًا أن هذه الأشياء توجب الحجر فى الأقوال دون الأفعال، فيؤاخذ بالأفعال حتى إن طفل يوم لو انقلب على مال إنسان، فأتلفه يلزمه الضمان، وكذلك المجنون الذى لا يفيق إذا مزق ثوب إنسان يلزمه الضمان؛ لأن الأفعال لا تقف على القصد الصحيح؛ لأنها توجد حسًا ومشاهدة، ولا إمكان لرد ما هو ثابت حسا، بخلاف الأفعال التى تسقط بالشبهة، كالحدود والقصاص، فإن الصباء والجنون يؤثران فيها؛ لأن الحدود والقصاص عقوبة والصبى والمجنون ليسا من أهل العقوبة، فسقطت عنها لقصور فى فعلهما لعدم القصد الصحيح. (عز)

(٣) قوله: "بصغر [أى بسبب الصغر فى الصبيان]" إنما جعلنا هذه أصلا وأسبابًا للحجر، فإن الصغر مع عدم العقل إن كان خاليًا عن التمييز، ونقصانه إن كان مميّزًا، إلا أن هذا التمييز يجبر بإذن المولى، ويصير الصغير به كالبلوغ، وأما المجنون فلأنه إما مع عدم العقل أصلا ذلك فيمن لا يفيق صاحبه أنه، وحكمه: أن لا يصح تصرف المبتلى به، وإن أجاز وليه لفقد أهلية التصرف منه.

وأما مع نقصان العقل، وذلك فيمن يجن مرة، ويفيق مرة أخرى، وحكمه أن يصح فى حال الإفاقة، كالعاقل.

في المجانين — بينا وجهه في ما سبق — راجع إلى الصبي

وجنون[١]، فلا يصح تصرف صبيّ، وعبد بلا إذن

راجع إلى العبد — أي ولا يصح — من الأحوال

ولي وسيد، ولا تصرف[٢] المجنون المغلوب بحال، ومن[٣] عقد

أي من هؤلاء المحجورين — حالية — أي يعقل العقد — إن شاء

منهم، وهو يعقله يجيزه الولي، أو يفسخه.

أي هؤلاء. — من نفس أو مال — بالإجماع — لا بمال ولا بحد، ولا بطلاق وعتاق

وإن[٤] أتلفوا شيئًا ضمنوا[٥]، ولا[٦] ينفذ[٧] إقرار

وأما المعتوه وفسر بالقليل الفهم المختلط الكلام الفاسد التدبير إلا أنه لا يضرب، ولا يشتم، فحكمه كالصبي العاقل في تصرفاته، ورفع التكليف عنه.

وأما الرق فلأن العبد ومال يده لمولاه، فلا ينفذ تصرفه القول لأجل حقه، فللمولى أن يرفعه بفسخه، ولكن إذا رضي بتصرفه جاز لكونه رضى لفوات حقه.

واعترض عليه بأن هذه العبارة تفيد حصر المنع في هذه الثلاثة؛ لأن ذكر الأفراد يفيده، وليس كذلك، بل يحجر على المفتي الماجن وغيره، كما تقدم.

وقد يجاب أن المصنف حصر أسباب الحجر المتفق عليه باعتبار معناه الشرعي، وهو منع نفوذ التصرف، لا أسباب الحجر بمعنى المنع، وهذه الثلاثة الملحقة بها لا يصدق عليه المعنى الشرعي، فلا ضير في خروجها عن الحصر. (عز)

(١) أي لا يصح تصرف عبد بلا إذن سيده، فإن منع العبد لحق المولى، فإذا أذن له فقد زال، فيتصرف بأهلية، وإن باغلا عاقلا، وإن كان صغيرًا، فهو كالحر الصغير. (الزيلعي بزيادة)

(٢) يعني لا يجوز تصرفه أصلا ولو أجاز المولى؛ لأن صحة العبارة بالقسير، وهو لا يتميز له، فصار كبيع الفضولي.

(٣) قوله: "ومن" أي من عقد البيع والشراء من هؤلاء المحجورين، وهو يعقل البيع والشراء، بأن يعرف أن البيع سالب للملك، والشراء جالب له، ويعلم الغبن الفاحش من اليسير، ويقصد به تحصيل الربح والزيادة، فالولي بالخيار، إن شاء أجازه، وإن شاء رده؛ لأنه إذا كان بهذه الصفة يحتمل أن يكون في عقده مصلحة، فيجيزه الولي أو المولى إن رأى فيه ذلك عقد الأجنبي وهو الفضولي، فيتوقف على إجازة.

فإن قيل: هذا البيع مستقيم، وأما في الشراء فلا يستقيم؛ لأنه لا يتوقف، بل ينفذ على المشتري؟ قلنا: إنما ينفذ على المشتري إذا وجد نفاذا، كشراء الفضولي، وهنا لم يجد نفاذًا لعدم الأهلية، أو لتضرر المولى، فليتوقف الكل. (الزيلعي)

(٤) كان تفريع على قولا لا فعلا.

(٥) قوله: "ضمنوا" لما ذكرنا أنهم غير محجور عليهم في حق الأفعال، إذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل القطع غير القطع، فاعتبر في حقه، فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب، ووجود أهلية

أى لا ينفذ
الصبى والمجنون، وينفذ(١) إقرار العبد فى حقه لا فى حق سيّده،
العبد على نفسه.لوجود الأهلية وزوال المانع العبد أى قِصاص
فلو أقرّ بمال لزمـــه بعد الحرية، ولو أقر بحد، أو قودٍ لزمه(٢)
أى لا يحجر بسبب الصبى
فى الحال لا(٣) بسفهٍ، فإن(٤) بلغ غير رشيد(٥)، لم يدفَع إليه ماله

الوجوب وهى الذمة؛ لأن الآدمى يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله إلا أنه يخاطب بالأداء إلا عند القدرة، كالميسر لا يطالب بالدين إلا إذا أيسر، وكالنائم لا يؤمر إلا إذا استيقظ من النوم. (الزيلعى)

(٦) أى لا ينفذ، وإلا فتصرف الصبى العاقل والعبد صحيح، لكنه موقوف.

(٧) قوله: "ولا ينفذ" لأن اعتبار الأقوال فى الشرع منوط بالأهلية، وهى معدومة فيها، حتى لو تعلق بإقرارهما حكم شرعى، كالحد لا تعتبر أيضًا إلا من حيث إنه من إتلاف، فيجب الضمان لا يقال: هذا علم من قوله قولا؟ لأنا نقول بطريق التضمين والتصريح أباح منه، فلذا ذكره. (التكملة)

(١) قوله: "وينفذ" لما كان أسباب الحجر ثلاثة، وبين حكم اثنين منها من عدم نفاذ الإقرار، شرع فى بيان حكم الثالث منها، فقال: إذا أقر العبد بشىء يكون نافذا فى حقه، لقيام أهلية ليلزمه بعد الحرية غير نافذ فى حق مولاه رعايةً لجانبه؛ لأن نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته، أو كسبه، وكل ذلك إتلاف ماله. (عز)

(٢) قوله: "لزمه" لأن العبد بقى على أصل الحرية فى حقهما؛ لأنهما من خواص الإنسانية، وهو ليس بمملوك من حيث إنه آدمى، وإن كان مملوكًا من حيث إنه مال، ولهذا لا يصح إقرار المولى بهما عليه، فإذا بقى على أصل الحرية فيهما ينفذ إقراره بهما؛ لأنه أقر بما هو حقه بطلان حق المولى ضمن.
فإن قيل: قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يملك العبد والمكاتب شيئًا إلا الطلاق» يقتضى أن لا يملك الإقرار بالقصاص والحدود؟
قلنا: لما لقى على أصل الحرية فى حقهما يكون إقرار الحر لا إقرار العبد، ولأن قوله تعالى: ﴿بل الإنسان على نفسه بصيرة﴾ يقتضى أن يصحح إقراره فينفذ.
ولا يقال: إنه خص منه الإقرار بالمال؟ لأنا نقول: الإقرار بالمال ليس بإقرار على نفسه، وإنما هو إقرار على غيره، فلم يتناوله النص على أنا لا نسلم أنه مخصوص؛ لأنه مقبول أيضًا فى حق نفسه، حتى يلزمه بعد الحرية.
ولا يقال: إن النص يحمل على أنه ورد على الحر دفعًا للتناقض بينه وبين ما روينا؟ قلنا: يحمل المروى على غيره هذه الصورة دفعًا للتعارض. (الزيلعى)

(٣) قوله: "لا" أى لا يحجر عند أبى حنيفة على الحر العاقل البالغ بسفر، وهو الإسراف فى النفقة والتبذير لا لغرض، أو لغرض لا يعتبر العقلاء من أهل الديانة، مثل دفع المال إلى المغنّين واللعابين وبشراء الحمام الطيارة بالثمن الغالى، وقال أبو يوسف ومحمد: يحجر عليه الإمام، ما روى ابن عمر: "أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع فى البيع، فقال: من بايعت فقال: لا خلابة"،

حتى يبلُغَ خمساً وعشرين سنةً، ونفذ[١] تصرفه قبلَه، ويُدفع
أى خمسًا وعشرين سنةً أى حال كونه مفسدًا بالجر عطف على قوله: لا بسفه
إليه ماله إذا بلغ المدة مفسداً، وفسق[٢] وغفلة[٣] ودينٍ[٤]،

رواه البخارى ومسلم.

وفى رواية غيرهما قيل له: أحجر عليه، ولأنه عاقل كامل العقل، ألا ترى أنه مطلق، فلا يحجر عليه كالرشيد، ولهما قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِيْ عَلَيهِ الْحَقُّ سَفِيْهًا أَوْ ضَعِيْفًا أَوْ لا يَسْتَطِيْعُ أَنْ يُّمِلَّ فَلْيُمْلِلْ وَلِيِّه بِالْعَدْلِ﴾، وهذا نص فى إثبات الولاية على السفيه. (الملتقط من الشروح)

(٤) قوله: "فإن" قال فى "شرح النقاية": وإذا بلغ الصبى غير رشيد لم يسلم إليه ماله عند أبى حنيفة رحمه الله حتى يبلغ خمسًا وعشرين سنةً، وصحّ عنده تصرفه، أى الذى بلغ غير رشيد قبله، أى قبل خمس وعشرين سنةً، وبعده أى بعد الخمس والعشرين سنةً يسلم إليه ماله بلا رشد، وعندهما، وهو قول مالك والشافعى وأحمد لا يسلم إليه ماله، ولا يجوز تصرفه فيه حتى يونس رشده؛ لقوله تعالى ﴿فَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُم﴾ فإنه تعالى منع عن الدفع إليه ما دام سفيهًا، وأمر بالدفع إليه إن وجد رشيدًا، فلا يجوز الدفع إليه قبل الرشيد.

ولأبى حنيفة قوله تعالى: ﴿وَآتُوا الْيَتَامى أَمْوَالَهُمْ﴾، والمراد بعد البلوغ، وسموا يتامى بقربهم من اليتيم، فهو تنصيص على وجوب دفع المال بعد البلوغ، إلا أن يبلغ عنه ماله قبل هذه المدة بالإجماع، ولا إجماع هنا، فيجب دفع المال بالنص.

ولأن أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا، فقدرناه بخمس وعشرين سنةً؛ لأنه وقت يتصور أن يصير فيه جَدًا، بأن يبلغ اثنتى عشرة سنةً، ويولد له لستة أشهر، ويبلغ ولده اثنتى عشرة سنةً، ويولد له لستة أشهر.

والمراد من الآية الأولى: أموالنا لا أموالهم، والآية الثانية مشتملة على التعليق بالشرط، وهو لا يوجب العدم الشرط عندنا على أن الشرط رشد نكرة، صار الشرط فى حكم الوجود بوجه يوجب جزاءه، وأول أحوال البلوغ مبدأ مفارقة السفه باعتبار الصبا، وبقاء أثره كبقاء عينه، وإذا امتد الزمان، فظهرت الخبرة، فالتجربة لم يبقَ أثره، وحدث ضرب من الرشد لا بحالة؛ لأنه حال بسر، فقد روى عن عمر أنه قال: ينتهى لبّ الرجل إذا بلغ خمسًا وعشرين سنةً. (شرح النقاية)

(٥) هو فعيل من الرشد وهو التهدى إلى وجود المصالح.

(١) أى تصرف الذى بلغ غير رشيد، ولم يبلغ خمسًا وعشرين سنةً.

(٢) قوله: "فسق" أى لا يحجر عليه بسبب فسق، وهو معطوف على قوله: لا بسفه، وقال الشافعى رحمه الله: يحجر عليه بسبب الفسق زجرًا له وعقوبة عليه كالسفيه عنده، فإنه يحجر عليه زجرًا له وعقوبة على إسرافه، والفاسق أولى بذلك، ولهذا لم يجعله أهلا للإمامة والشهادة.

وعندهما حجر السفيه ينظر له صيانة لماله، والفاسق مصلح لماله، فيدخل تحت قوله تعالى: ﴿فَإِنْ آنَسْتُمْ مِّنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوْا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُم﴾ لأن رشدًا نكرة فى سياق الشرط، فتعم، فتتناوله الآية؛ لأن

وصلية الحجر عليه أي المديون أى المديون يعنى حبسه القاضى
وإن طـلب غرماءه، وحبسه[١] ليبيع ماله فى دينه، فلو[٢] مالُه
أى وللمديون القاضى يأخذه إجماعًا
فى دينه دراهم، قضى بلا أمره ولو[٣] دينُه دراهم وله دنانير، أو

الرشد المذكور فى الآية الاصطلاح فى المال دون الاصطلاح فى الدين والاعتقاد، ألا ترى أن الكافر لا يحجر عليه، وأى فسق يكون أعظم منه، ولو كان الفسق موجبًا للحجر لحجر النبى ﷺ والخلفاء بعده على الكافر، إذ هو أعظم وجوه الفسق، ولا يخفى على أحد فساد هذا القول. (الزيلعى)

(٣) قوله: "غفلة [بالجر أيضًا]" أى لا يحجر على الغافل بسبب غفلة، وهو ليس بمفسد، ولا يقصده، لكنه لا يهتدى إلى التصرفات الرابحة يتعين فى البياعات سلامة قلبه، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعند أبى يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله: يحجر عليه كالسفيه صيانةً لماله، ونظرًا له، ألا ترى أن أهل منقذ لما طلبوا النبى ﷺ أن يحجر عليه، فأقرهم على ذلك، ولم ينكر عليه، ولو لم يكن الحجر مشروعًا لأنكر عليهم.

قلنا: الحديث دليل لنا؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم إلى ذلك، وإنما قال له: «قل لا خلابة» الحديث، ولو كان الحجر مشروعًا لأجابهم إليه.

وقولهم: لم ينكر عليهم، قلنا: النفى لا يحاط بالعلم، ولعله أنكر عليهم، إلا أنه أنه لم ينقل إلينا، وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع، فكم من واقعات لم تنقل إلينا، بل الظاهر أنه أنكر عليهم، وما نقل إلينا من عدم إجابته ومخالفته لهم بالفعل دليل عليه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ودين [أى ولا يحجر أيضًا بسبب دين]" أى لا يحجر عليه بسبب دين، ولو طلب غرماءه الحجر عليه، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن فى الحجر إهدار أهليته، وإلحاقه بالبهائم، وذلك ضرر عظيم، فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص، ولا يتصرف الحاكم فى ماله؛ لأنه حجر عليه، ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضى بالنص، فيكون باطلا. (الزيلعى)

فظهر أن كلمة "إن" وصلية، فلا تصغ إلى ما فى بعض الحواشى أن كلمة "إن" شرط، وقوله: حبسه جزاء. (عز)

(١) قوله: "وحبس" وإنما كان له حبسه؛ لأن قضاء الدين واجب عليه، والمماطلة ظلم، فيجب الحاكم دفعًا لظلمه، وأيضًا لا للحق لمستحقه، ولا يكون ذلك إكراهًا على البيع. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "فلو" أى فلو كان ماله الموجود عنده دراهم، ودين الواجب عليه أيضًا دراهم، قضى دينه بلا أمره، وكذا إذا كان كلاهما دنانير، للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المديون، فكان للقاضى أن يعينه. (عز)

(٣) قوله: "ولو" أى ولو كان دينه الواجب عليه دراهم، والمال الموجود عنده دنانير، أو بالعكس، بأن كان دين الواجب عليه دنانير، والمال الموجود عنده دراهم، بيع الدنانير فى الأول، والدراهم فى الثانى فى دينه، وهذا استحسان، والقياس أن لا يبيع كالعروض.

ووجه الاستحسان أن الدراهم والدنانير متحدان فى الثمنية والمالية، ولذا يضم أحدهما إلى الآخر

في دينه
بالعكس بِيع في دينه، ولم يبع[١] عرضه وعقاره وإفلاس[٢]،
أي مساو في ثمنه
فإن[٣] أفلس مبتاع عين[٤]، فبائعه أسوة للغرماء.

في الزكاة، مختلفان في الصورة حقيقةً وهو ظاهر، وحكمًا؛ لأن ربا الفضل لا يجرى بينهما، فبالنظر إلى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف، وبالنظر إلى الاختلاف لم يثبت للدائن الأخذ عند الضرّ بأحدهما عملا بالشبهين، ويقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص، ويتفق عليه، وعلى من يلزمه نفقة من زوجته وأولاده الصغار وذوى الأرحام مما في يده؛ لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء، ويترك له من ثياب بدنه دست، ويباع الباقي لوقوع الكفاية بالواجد، وهو مختار الحلواني.

وقيل: يترك له وستان لئلا يقعد في بيته معلومًا محسورًا إذا غسل ثيابه، وفي "فتاوى الصغرى": إذا كان له ثياب، حسنت يمكنه الاكتفاء بما دونها تباع، ويكتفي بالدون. (عز)

(١) قوله: "ولم يبع" أي لا يبيع القاضي عرض المينت وعقاره، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وعندهما يبيع، والفرق بين النقود والعروض على قول الإمام: إن الأعراض تتعلق بصور العروض وأعيانها، وليس للقاضي إلحاق الضرر ببعضهم يمنع عرضه في ملكه، وأما النقود ومسائل؛ لأن المقصود فيهما المالية دون العين، فافترقا. (الزيلعي بتصرّف)

(٢) قوله: "إفلاس [أي لا يحجر بسبب إفلاس، خلافًا لهما]" أي لا يحجر عليه بسبب الإفلاس، بل يجعل حتى يظهر القاضي أنه لا مال له، فإذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس، ثم إذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرماءه بعد الإخراج، بل يلازمونه عند أبي حنيفة، لقوله عليه الصلاة والسلام: «لصاحب الحق اليد واللسان»، أراد باليد الملازمة، وباللسان القاضي، ويأخذون فضل كسبه، ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة، ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى: إذ أفلسه الحاكم حال بينه وبين غرماءه، إلا أن يقيموا البينة أن له مالا، لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ﴾ وقد ثبت عسرته، فوجب إنظاره.

قلنا: دينه ثابت في ذمته، وذلك يجوز متابعته والآية، فوجب الإنظار إلى الميسرة، ونحن نقول: به؛ لأنه لا يطالبه بشيء من حقه حتى يثبت أنه قد حصل مال الملازمة لا تنافي النظرة إلى الميسرة. (الزيلعي بقدر الحاجة)

(٣) قوله: "فإن" أي لو اشترى متاعًا فأفلس، والمتاع قائم في يده بالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه، مراده بعد قبض المشتري المتاع بإذن البائع، وإن كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن، وكذا إذا قبضه المشتري بغير إذنه، كان له أن يسترده، ويحبسه بالثمن.

وقال مالك والشافعي وأحمد: بائع العرض أحق به في حياة المشتري، وبعد حياته هو أحق به عند الشافعي فقط، لما في "الصحيحين": عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس، فهو أحق به من غيره» ولأن المشتري عجز عن تسليم أحد بدلي العقد، وهو الثمن، فيثبت

أى فى بيانه

فصل[1] فى حد البلوغ

لما كان الذكر أشرف قدم ما يتعلق به — أى وإن لم يوجد شىء من ذلك

بلوغ[2] الغلام بالاحتلام والإحبال والإنزال، وإلا فحتى

أى وبلوغ الجارية

يتمّ ثمانىَ عشرة سنةً، والجارية بالحيض والاحتلام والحبل،

أى وإن لم يوجد شىء من ذلك — لقصر أعمار أهل زماننا — أى فى الغلام والجارية

وإلا فحتى يتم سبع عشرة سنةً، ويفتى[3] بالبلوغ فيهما

للبائع حق الفسخ، كما يثبت للمشترى لا عجز البائع عن تسليم المبيع لا باقٍ.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَ ذُوْ عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إلى مَيْسَرَةٍ﴾ وذلك لأن المشترى إذا أفلس استحق بهذا النص النظرة إلى الميسرة، فليس للبائع أن يطالبه قبلها، ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن، وهذا لأن الدين صار مؤجلا إلى الميسرة لتأجيل الشارع، والعجز عن المؤجل بتأجيل المتعاقدين لا يثبت خيار الفسخ قبل مضى الأجل، فكيف يثبت فى المؤجل بتأجيل الشارع، والحديث محمول على المغصوبات والودائع والعوارى والإجارات والرهن؛ لأن المبيع بعد البيع ليس بمال البائع بعينه، وإنما هو مال المشترى؛ لأنه خرج عن ملك البائع، وضمانه بالبيع والقبض، بخلاف المغصبات، فإنها بعد الغصب مال المغصوب منه بعينه، وكذلك الودائع مال المودع بعينه، والعوارى والإجارات والرهن. (الزيلعى والشمنى)

(٤) أى مشترى عين يعنى اشترى عينًا، فأفلس والمتاع فى يده.

(١) قوله: "فصل" لما كان الصغر أحد أسباب الحجر، وكان له نهاية وجب، بيان انتهاءه، وهذا الفصل لبيانه. (الطحطاوى بتصرّف)

(٢) قوله: "بلوغ" أى بلوغ الغلام بأحد ثلاثة أشياء: الأول: بالاحتلام، قال فى "المعدن": الاحتلام اسمًا لما يراه النائم من الجماع، فيحدث مع إنزال المنى غالبًا، فغلب لفظ الاحتلام فى هذا غيره من أنواع المنام لكثرة الاستعمال، والثانى: فى الإحبال، والثالث: الإنزال إذا وطئ.

وكذا علامات بلوغ الجارية ثلاثة أشياء أيضًا: الأول والثانى: الاحتلام، والثالث: الحبل، وأجمعوا على أن هذه علامات البلوغ، وإن لم يوجد شىء من علامات بلوغ الغلام، حتى يتم عليه ثمانى عشرة سنةً وإن لم توجد من علامات بلوغ الجارية، حتى تتم سبع عشرة سنةً.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى: إذا شاء، تم الغلام والجارية خمس عشرة سنةً، فقد بلغا، وله قوله تعالى: ﴿حَتّى يَبْلُغَ أَشُدّه﴾، وأشد الصبى ثمانى عشرة سنةً.

قال ابن عباس -وتابعه القتيبى-: وهذا أقل ما قيل: فيه، فإنه قيل: الرشد اثنان وعشرون سنة، وقيل: ثلاثة وعشرون، فبنى الحكم عليه للتيقن به، غير أن الإناث إدراكهن أسرع، فلقضيا فيهن سنة لاشتمالهما على الفصول الأربعة التى يوافق واحد منها المزاج، والأصل هو الإنزال لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا بَلَغَ الأَطْفَالُ مِنْكُمُ الْحُلُمَ﴾، ولكون الحمل والإحبال لا يكونان إلا مع الإنزال، وكذا الحيض لا يكون عادتها لا فى وقت الحول، والحبل لا يكون إلا من الإنزال. (عز)

أى تحتمل البلوغ أى فى حق الغلام
بخمس عشرة سنةً، وأدنى(١) المدة فى حقه اثنتا عشرة سنةً،
أى فى حق الجارية هو المختار أى الغلام والجارية
وفى حقها تسع سنين، فإن(٢) راهقا(٣)، وقالا: بلغنا صُدّقا،
أي وأحكام المراهقين أى سائر التصرفات
وأحكامهما أحكام(٤) البالغين.

---

(٣) قوله: "ويفتى" لأن ابن عمر عرض على النبى ﷺ يوم أحد وهو ابن أربعة عشر سنةً، ولم يجزه، وعرض عليه يوم الخندق وهو ابن خمس عشرة سنةً فأجازه.
ولأن بلوغهما لا يتأخر عن خمس عشرة عادة، والعادة إحدى حجج الشرعية فيما لا نص فيه. (شرح النقاية)

(١) قوله: "وأدنى" يعنى لو ادعيا البلوغ فى هذه المدة تقبل منهما، ولا تقبل فيما دون ذلك؛ أن الظاهر يكذبه، ولا يخفى أن ذلك لا يعرف إلا بسماع، أو تتبع.
وفى "شرح مسلم": ومن ظرف أحوال عبد الله بن عمرو بن العاص أنه ليس بينه وبين أبيه فى الولادة إلا إحدى عشرة سنةً، وقيل: اثنتى عشرة. (التكملة وشرح النقاية)

(٢) قوله: "فإن" يقال: راهق من كذا، أى دنا منه، وصبى مراهق، وتامن البلوغ، أى إذا قاربا الحلم.
وقالا: صرنا بالغين، صدقا فى قولهم، وليس عليهما يمين؛ لأن ما أقر به لا يعرف إلا من جهتهما، فيقبل فيه قولهما، كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض.
وقيّد فى "التنوير" بقوله: إن لم يكذبهما الظاهر، قال فى "الدر": كذا قيّده فى "العمادية" وغيرها، فيعد ثنتى عشرة سنة يشترط شرط آخر لصحة إقراره بالبلوغ، وهو أن يكون مجال يحتلم مثله، وإلا لا يقبل قوله، فإن بلغا هذا السن، وقالا: بلغنا، وظاهر حالهما الضعف والزمانة، كغالب أولاد القاهرة، فإنهما لا يصدقان. (عز)

(٣) بأن بلغا هذا السن.

(٤) قوله: "أحكام" فلا يقبل جحوده البلوغ بعد إقراره مع احتمال حاله، فلا تنقض قسمته ولا بيعه. (الدرّ المختار)

المناسبة ظاهرة إذ الإذن يقتضي سبق الحجر

كتاب[١] المأذون[٢]

الثابت بالرقّ أو بالصباء

الإذن فكّ الحجر وإسقاط[٣] الحق فلا يُتوقت[٤]، ولا

بنوع من التجارة كالمكاتب. الإذن أى بسكوت المولى

يتخصص[٥]، ويثبت[٦] بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشترى،

(١) المأذون مصدر كمعمور، وإن كان الظاهر أنه صفته إلا أنه يحتاج إلى حذف المضاف والصلة، كما فى الكرمانى يقال: هو مأذون لهما، وترك الصلة ليس من كلام العرب. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "المأذون" الإذن لغةً: الإعلام، وشرعًا: عندنا فكّ الحجر، وإسقاط الحق الثابت بالرق ورفع المانع من التصرف حكمًا، وإثبات اليد للعبد فى كسبه، ثم يتصرف العبد نفسه بأهليته، وعند الشافعى وأحمد وزفر توكيل وإنابة للعبد فى كسبه، ثم يتصرف المولى بإذنه؛ لأن المانع من التصرف وهو الرق باقٍ بعد الإذن، فعندهم يصح نص التقييد، حتى لا يجوز للعبد أن يجاوز ذلك كالوكيل.

ولنا أنه بعد الرق أهل للتصرف بلسانه الناطق، وعقله المميز، وهما لا يفوتان بالرق؛ لأنهما من كرامات بنى آدم، وإنما حجر عليه فى حالة الرق؛ لأن تصرفه حينئذٍ لم يعهد إلا موجبًا لتعلق الدين برقبته أو كسبه، وذلك ملك المولى، فلا بد من إذنه كيلا يبطل حقه بغير رضاه. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وإسقاط" فإن قيل: إنه لو كان إسقاطًا لما كان للمولى ولاية الحجر؛ لأن الساقط لا يعود، قلنا: بقاء ولاية الحجر باعتبار أن الرق باقٍ، فالحجر امتناع عن الإسقاط فيما يستقبل لا فيما مضى، لا لأن الساقط يعود. (الكشف)

(٤)الإذن بزمان ولا مكان؛ لأن الإسقاطات لا تتوقت، حتى لو أذن لعبده يومًا، كان مأذونًا أبدًا حتى يحجر عليه.

(٥) قوله: "ولا" فإذا أذن فى نوع عمل أذنه فى الأنواع كلها؛ لأنه فكّ الحجر لا توكيل، حتى لو أذنه بشراء البحر، ونهى شراء البرّ كان إذنًا بشراء البر وغيره، وإن لم يكن العبد مهتديًا إلى التصرف فى غير البحر، والسيد عالم به، ثم كون الإذن لا يتخصص إذا صادف الإذن عبدًا محجورًا ما إذا صادف عبدًا مأذونًا يتخصص، حتى إن المولى إذا أذن لعبده فى التجارة، ثم دفع إليه مالا، وقال: اشتر لى به الطعام، فاشترى العبد به رقيقًا، فإنه يصير مشتريًا لنفسه دون مال مولاه، ولو نقد مال مولاه ليس للمولى أن يتبعه، وإن استهلك مال المولى، ولكن يتبع البائع ويأخذه. (الدرّ المختار والطحطاوى)

(٦) قوه: "ويثبت" أى يثبت الإذن للعبد بسكوت المولى عند ما يراه يشترى ويبيع، ولا فرق فى ذلك بين أن يبيع عينًا مملوكًا للمولى، أو لغيره بإذنه أو بغير إذنه بيعًا صحيحًا أو فاسدًا، وقال مالك والشافعى وأحمد وزفر: لا يثبت الإذن بسكوت المولى إذا رأى عبده يبيع ويشترى؛ لأن السكوت

المأذون — المولى أى إذنًا عامًا — يعنى لم يقيده بشراء بعينه

فإن[١] أذن عاما، لا بشراء شيء بعينه يبيع ويشترى، ويوكل[٢]

بالبيع والشراء — لأنه من صنع التجّار. — لأنه من عادة التجارة

بهما، ويرهن ويرتهن[٣] ويستأجر، ويضارب ويؤجر[٤]

المأذون

نفسه، ويقرّ[٥] بدين وغصب[٦] ووديعة[٧]، ولا[٨] يتزوّج ولا

يحتمل الرضاء وغيره، فلا يثبت رضاه بالشك.

ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده بينها عنه، بل يؤدبه عليه، فإذا لم ينه وسكت كان ذلك إذنًا دلالة، دفعًا للضرر عن الناس فى المعاملة، فإنهم يعتقدون ذلك إطلاقًا منه فيبايعون، وحملا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف، كما فى سكوت النبى ﷺ عند أمر يعاينه عن التغيير والنكير، وسكوت البكر والشفيع. (الزيلعى وشرح النقاية)

(١) قوله: "فإن" يعنى لو أذن له مولاه إذنًا عامًا بأن قال له: أذنت لك فى التجارة، ولم يقيد بشراء شيء بعينه، ولا بنوع من التجارة، وجاز له التصرف فى جميع التجارات يبيع ويشترى؛ لأن اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات، وأما إذا أمره بشراء شيء بعينه كالطعام والكسوة، لا يكون مأذونًا له؛ لأنه استخدام، ولو صار مأذونًا له لانسدّ على المولى باب الاستخدام.

وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بعينه، لا يكون مأذونًا، وكذا لو قال له: آجر نفسك من فلان؛ لأنه أمره بعقد واحد، فيكون استخدامًا، بخلاف ما إذا قال له: آجر نفسك من الناس، أو اقعد صبّاغًا، أو خيّاطًا، أو قال له: ألفًا، وأنت حر، حيث يكون إذنًا له؛ لأنه أمره بعقود متعددة، فيدل ذلك على الإذن. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ويوكل" أى يجوز له التوكيل بالبيع والشراء؛ لأنه من توابع التجارة، فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل، فيحتاج إلى المعين. (الزيلعى)

(٣) شيئًا لنفسه لأنها من توابع التجارة.

(٤) قوله: "ويؤجر" وعند مالك والشافعى وأحمد لا يؤجرها؛ لأن الإذن له بالتجارة لا يتناول نفسه، فلا يتناول منافعها؛ لأنها تابعه لهما، ولهذا لم يكن له أن يبيع نفسه، ولا أن يرهنها.

ولنا أن الإجازة من باب التجارة، إذ هى بيع المنافع، ولا يلزم من امتناع بيع النفس امتناع إجارتها، ألا ترى أن الحر لا يملك بيع نفسه رأس ماله، فيملك التصرف فيه إلا إذا كان فيه إبطال الإذن كالبيع؛ لأنه يتحجر به والرهن؛ لأنه يحبس به، فلا يحصل مقصود المولى، وأما الإجارة فلا يتحجر بها، ويحصل الربح. (شرح النقاية والكشف)

(٥) قوله: "ويقرّ" أى إذا أقر المأذون بدين لأحد عليه بغصب، أو وديعة صح؛ لأن الإقرار من توابع التجارة؛ لأنه لو لم يصح إقراره لم يعامله أحد، فلا بد من قبول إقراره فيما هو من باب التجارة، والإقرار بالدين منه، وكذا بالغصب؛ لأن ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا؛ لأنه يملك المغصوب بالضمان، فكان من باب التجارة، وإقراره بالوديعة من باب التجارة؛ لأنه لا يجد بد منه، فكان من

سواء كان ذكرًا أو أنثى / عبده / ولو بمال / ولو بعوض / كالرغيف ونحوه

يـــزوج مملوكه، ولا يُكاتب(١) ولا يعتق(٢)، ولا يُقرض(٣) ولا يهب(٤)، ويُهدى(٥) طعاما يسيرًا، ويُضيف من يطعمه،

توابعه ولوازمه، ولا فرق بين ما إذا كان عليه دين، أو لم يكن إذا كان الإقرار في صحة، وإن كان في المريض قدم غرماء الصحة، كما في حق الحر، فحاصله أن ما يكون من باب التجارة من ديونه، صحّ إقراره به صدقه المولى أو كذبه، وما لا يكون من باب التجارة لا يصدق فيه كالمحجور عليه . (الزيلعي ملخّصًا)

(٦) بأن يقر أنه غصب شيئًا من فلان .

(٧) بأن يقر أن هذا الشيء وديعة لفلان .

(٨) قوله : "ولا" أي ولا يزوج المأذون عبده أو أمته ؛ لأن التزويج ليس من باب التجارة، بل ربما يترتب عليه نوع من الخسارة، وقال أبو يوسف : يزوج الأمة ؛ لأن في تزويجها تحصيل المهر، وسقوط النفقة، فكان كإجارتها . (شرح النقاية)

(١) لأن التجارة مبادلة المال بالمال، والكتابة مبادلة المال بفك الحجر في الحال .

(٢) قوله : "ولا يعتق" لأنه فوق الكتابة، فكان أولى بالامتناع، وإن أجازه المولى فلم يكن عليه دين جار، وكان قبض العوض إليه إن كان العتق على مال، وإن كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبي حنيفة رحمه الله خلافًا لهما بناء على أنه يملك في يده أم لا . (الزيلعي)

(٣) قوله : "ولا يقرض" لأنه يتبرع ابتداء وهو لا يملك، وينبغي أن يقال : إذا كان درهما فصاعدًا، فأما ما دونه فيجوز أن يقرض، كما في الهبة . (التكملة)

(٤) قوله : ولا يهب" أطلقه فشمل ما إذا كان بعضوض أولا ؛ لأنه تبرع ابتداء وانتهاء، وأطلق في منع الهبة فشمل ما قيمته درهم، وما دونه .

وفي "المحيط" : ولا يهب هذا إذا بلغت قيمته درهمًا فصاعدًا، فيجوز هبته ما دون الدرهم ؛ لأنه من صنيع التجارة ؛ لأنه لا بد للتجار منه ليعرف ويميل قلب الناس إليه . (التكملة)

(٥) قوله : "ويهدى" لأن التجار محتاجون إليه لاستجلاب قلوب المجاهزين، وروى أنه عليه الصلاة والسلام يجيب دعوة المملوك، والمراد به المأذون له ؛ لأن المحجور عليه ليس له أن يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الإذن، وعن أبي يوسف أن المحجور عليه إذا دفع إليه المولى قوت يومه ذرعا، فدعا بعض رفقاءه على ذلك الطعام، فلا بأس به بخلاف ما إذا دفع إليه قوت شهر ؛ لأنهم إذا أكلوه يتضرر به المولى ولا يقدر .

ويمكن أن الضيافة تقدير ؛ لأنه يختلف باختلاف المال وغيره، وقالوا في "الهداية" : ليس له أن يهدى إلا الشيء اليسير من المأكول، وليس له أن يهدى الدراهم . (الزيلعي)

أى من ثمن المتاع الذى باعه. أى الدين الذى يركب المأذون.
ويحط[١] من الثمن بعيب[٢]، ودينه[٣] متعلق برقبته
بأمر القاضى أى بسبب الدين بين الغرماء
يُباع[٤] به إن لم يفده[٥] سيده[٦]، وقسم[٧] ثمنه

---

(١) قوله: "ويحط [قدر ما يحط التجارة]" أي يجوز للمأذون أن ينقص شيئًا من الثمن الذى تمّ عليه عقد البيع؛ لأنه من صنيع التجار، وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب، بخلاف الحط من غير عيب، أو الحط أكثر من العادة؛ لأنه تبرّع محض بعد تمام العقد، وهو ليس من صنيع التجار، فلا ضرورة إليه بخلاف المحاباة ابتداء؛ لأنه قد يحتاج إليه التاجر على ما بيناه، أطلقه فشمل ما إذا كان قدر العيب، أو أكثر أو أقل، وهو مقيد بما إذا كان قدره، فلو قال: بقدره، لكان أولى، وله أن يؤجل فى دين وجب له؛ لأنه من عادات التجار. (الزيلعى والتكملة وبزيادة)

(٢) أى من ثمن المتاع الذى باعه.

(٣) قوله: "ودينه" يعنى إذ تعلق الدين برقبة المأذون، حيث لا كسب له يباع فيه رقبته دفعًا للضرر عن الغرماء، ولا يعجل القاضى بيعه، بل يلتزم لاحتمال أن يكون له مال يقدم، أو دين يقبضه، فإذا مضت مدة التلوم، ولم يظهر له وجه باعه؛ لأن القاضى نصب ناظرًا للمسلمين، ولم يقدر مدة التلوم.

قيل: هو مفوض إلى رأى القاضى، وقيل: يقدر بثلاثة أيام، ولا يبيعه القاضى إلا بحضرة مولاه أو نائبه، وقال مالك والشافعي وزفر: يتعلق بكسبه لا برقبته؛ لأن رقبته ليست من كسبه، فلا يباع فيه، كسائر أموال المولى، وذلك أن رقبته ملك المولى، فلا يتعلق بها الدين إلا بتعليقه.

ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه فى حق المولى بسبب العبد، فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجة. (التكملة وشرح النقاية)

(٤) أى معنى تعلق الدين برقبته أنه يباع . . . إلخ.

(٥) أى جميع الديون، ولم يرد به أداء قيمته. (الكشف)

وفى "رد المحتار": بل يخيّر مولاه بين البيع أو الفداء؛ أى أداء جميع الديون، ولم يرد به أداء قيمته، نبّه عليه فى "الكفاية".

(٦) فإن فداه مولاه أى أدى ما جميع الديون على لم يبع.

(٧) قوله: "وقسم" لأن ديونهم متعلقة برقبته، فيتخاصمون فى الاستيفاء من البدل، كما فى التركة، ويشترط لبيع العبد نفسه أن يكون المولى حاضرًا؛ لأن المولى هو الخصم فى رقبة العبد، كما إذا ادعى الرقبة إنسان، ولا يكون العبد فيه خصمًا، ولبيع كسبه لا يشترط حضور المولى، ويشترط حضور العبد؛ لأن العبد هو الخصم فى كسبه، ألا ترى أنه إذا ادعى كسبه كان هو الخصم فيه. (الزيلعى)

أى يحجر المولى إياه

بالحصص، وما[١] بقى طولب به بعد عتقه، وينحجر بحجره

أى بالحجر — أى بسوق العبد — ويحجر أيضًا بموت. — المراد بالجنون المطبق.

إن[٢] علم[٣] به أكثر أهل سوقه، وبموت[٤] سيّده وجنونه[٥]،

---

(١) قوله: "وما" أى ما بقى من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه يطالب به بعد الحرية، ولا يطالب به للحال؛ لأن دينهم ثابت فى ذمته، ولم يستوفوا الكل منه؛ لأن رقبته لم تف به، فيبقى دينهم على حاله فى ذمته، فيستوفونه، إذا قدر على إيفاءه، ولا يقدر إلا بعد العتق؛ لأنه لا يمكن بيعه ثانيًا، ولا استعادوه؛ لأن المشترى يتضرر بذلك.

ولأنه لو علم المشترى أنه يباع عليه ثانيًا، أو يستسعى يمتنع من شراءه، فيؤدى إلى امتناع البيع بالكلية، فيعود الضرر على غرماءه، فلا يشرع.

ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذى باعة للغرماء، لم يكن له على العبد تعلق؛ لأن هذا ملك جديد بسبب جديد، وتبدل الملك كتبدل العين حكمًا، فصار كأنه عبد آخر، وفى نفقة الزوجة يباع مرارًا كما نفذت؛ لأن النفقة يتجدد ساعة فساعة، فتكون دينًا حادثًا بعد البيع، ويتعلق دين الغرماء بجميع ما فى يده من المال المكتسب بعد الدين، وقبله بأى سبب كان. (الزيلعى بحذف)

(٢) وقيّده فى "النقاية" بشرط علم المأذون أيضًا.

(٣) قوله: "إن علم" لأن إعلام الكل قد يعسر، فيقام الأكثر مقام الكل، كما فى تبليغ الرسالة من الرسالة، وقال مالك والشافعى وأحمد: وبلا علمهم أيضًا؛ لأن المولى تصرف فى خالص حقه، فينفذ، ولا يتوقف على علم غيره.

ولنا أن الحجر لو صحّ بدون علمهم للحق الضرر بهم بتأخير حقهم إلى ما بعد عتقه؛ لأن دينه حين حجره لا يتعلق برقبته وكسبه، وقد باعوا منه على رجاء التعلق بهما، وقيد بالأكثر لأن المولى لو حجر عليه بحضرة الأقل من أهل سوقه، لم يصر محجورًا عليه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وبموت" أى يصير محجورًا عليه بهذه الأشياء علم العبد أو لم يعلم؛ لأن الإذن غير لازم، وما لا يكون لازمًا من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له، ابتدأ فى كل ساعة لتمكنه من الفسخ، والحجر عليه فى كل ساعة، فتركه على ما كان عليه كإنشاء الإذن فيه، فيشترط قيام الأهلية فى تلك الحالة، كما يشترط فى الابتداء، وقد زالت الأهلية بالموت والجنون، وكذا باللحاق؛ لأنه موت حكمًا، حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده، ويقسم ماله بين ورثته، فصار محجورًا عليه فى ضمن بطلان الأهلية، فلا يشترط فيه علمه، ولا علم أهل سوقه؛ لأن الحجر حكمى، فلا يشترط فيه العلم، كانعزال الوكيل بهذه الأشياء، فافتراق الشريكين.

وكما إذا أخرجه المولى عن ملكه، وكالشركة المفاوضة تبطل بملك أحدهما مالا يصح فيه الشركة، وتصير عنانًا، وإن كان أحدهما لا يملك إبطالها. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وجنونه" لو قال المؤلف: وجنون أحدهما ولحوقه بدار الحرب لكان أولى؛ لأن يفيد جنون العبد ولحوقه بدار الحرب؛ أنه أكثر فائدة. (التكملة)

بدار الحرب — ويحجر أيضًا بإباق العبد المأذون — بالجر عطف على الإباق

ولحوقه مرتدًا، وبالإباق(١) والاستيلاد(٢) لا(٣)

أى لا تنحجر الأمة بالتدبير — المولى — لو عليهما دين محيط

بالتدبير(٤)، وضمن(٥) بهما قيمتهما(٦) للغرماء، وإن(٧) أقرّ بعد

---

(١) قوله: "وبالإباق" أى وبالإباق أيضًا يصير محجورًا عليه حكمًا، حتى لا يشترط أن يعلم أهل سوقه، كما فى الجنون، وقال زفر والشافعى رحمهما الله: لا يكون محجورًا عليه بالإباق؛ لأن الإباق لا ينافى ابتداء الإذن، ألا ترى أنه إذا أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح، وجاز للعبد أن يتجر إذا بلغه؛ فلأن لا يمنع بقاءه وهو دونه أولى، فصار كما إذا غضب، وهذا لأن صحة الإذن باعتبار ملك المولى، وقيام رأيه، ولم يخل ذلك بإباقه، فكيف يصير محجورًا عليه، بخلاف ما إذا جنّ المولى وأخواته على ما بيّنا.

ولنا أن المولى لم يرضَ بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعة وعادة، فكان حجرًا عليه دلالة، والحجر مما يثبت فى الدلالة، كالإذن، وبالإباق يمنع الابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الإسلام المعروف بـ"خواهرزاده".

قلنا: ولئن سلمنا، فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها، وأما الغصب فإن كان المولى يتمكن من أخذه بأن كان الغاصب مقرًا بالغصب، أو كان للمالك بينة، يمكنه أن ينتزعه من يد الغاصب، وينتزع كسبه، فيجوز أن يأذن له ابتداء، فكذا بقاء الدلالة، وإن كان لا يتمكن من أخذه، بأن كان الغاصب جاحدا، ولم يكن للمالك بينة، يمتنع الإذن ابتداء، فكذا بقاء لعدم ما يدل عليه، ولو عاد من الإباق، فالصحيح، وأن الإذن لا يعود (ز)

(٢) قوله: "والاستيلاد" الأمة المأذون لها تصير محجورًا عليها باستيلادها المولى، وقال زفر رحمه الله: لا تصير محجورًا عليها، وهو القياس؛ لأن المولى إذا أذن لأم ولده ابتداء يجوز، فكذا بقاء.

وجه الاستحسان: جرت العادة بتحصين أمهات الأولاد، وأنه لا يرضى بخروجها، واختلاطها بالرجال فى المعاملة والتجارة، ودليل الحجر كصريحه كما قلنا، بخلاف ما إذا أذن لأم ولده صريحًا؛ لأن الصريح يفوق الدلالة، فكان أولى بالأخذ به، ونظيره إذا قدم مائدة لإنسان يكون إذنًا منه بالأكل، حتى حل له التناول، ثم إذا نهاه صريحًا عن الأكل لا تعتبر الدلالة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "لا" يعنى المأذون لهما لا تصير محجورًا عليها بالتدبير؛ لأن العادة لم تجر بتحصين المدبرة، فلم يوجد دليل الحجر، فبقيت على ما كانت، إذ لا تنافى له بين حكمى التدبير والإذن؛ لأن حكم التدبير انعقاد حق الحرية فى الحال، وحقيقة الحرية فى المال، وحكم الإذن فكّ الحجر، وحق الحرية لا يمنع فكاك الحجر. (الزيلعى)

(٤) قال العينى: أى لا يتحجر الأمة بالتدبير، وظاهر أن الحكم مخصوص بالأمة، وقال الطحطاوى: لأن يتحجر بالتدبير ولو أثنى فعلم أن الحكم لا يختص بأمة. (عز)

(٥) قوله: "وضمن" أى لو استولد المولى المأذون لها أو دبرها وعليهما دين يضمن قيمتها للغرماء لإتلافه محله تعلق به حقهم. (عز)

إقراره / أى سيد المأذون / أى ما فى يد المأذون / أى دين المأذون / أى بيع المأذون / الدين برقبته وبما فى يده / فلو بأقل لم يصح

حجره بما فى يده صح، ولم يملك(١) سيده ما فى يده لو أحاط دينه بماله ورقبته، فيبطل(٢) تحريره عبداً من كسبه، وإن(٣) لم يحط صح، ولم(٤) يصح بيعه من سيده إلا بمثل القيمة.

(٦) أى قيمة الأمة التى استولدها وقيمة التى دبرها بعد الإذن لهما.

(٧) قوله: "وإن" أى إذا أقر المأذون بعد ما حجر عليه المولى بدين لأحد، أو بأن ما فى يده أمانة لفلان، أو غصبه منه، صح هذا الإقرار، فيقضى مما فى يده لا من رقبته؛ لأنها ليست من كسبه، بل من كسب مولاه، هذا عند الإمام خلافًا لهما، فإنهما قالا: بعدم صحة إقراره، وهو القياس؛ لأن صحة الإقرار إنما كانت للإذن، وقد زال يده على الإكساب قد بطلت بالحجر؛ لأن يد المحجور عليه غير معتبرة، فصار كما إذا أخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل إقراره.

ووجه الاستحسان أن المصحّح للإقرار قبل الحجر عليه وهو اليد، ولهذا لا يصح إقراره قبل الحجر عليه فيما أخذه المولى، واليد باقية حقيقة، وشرط بطلانها بالحجر حكمًا، فيراع ما فى يده من الإكساب عن حاجته، وإقراره دليل على تحققها. (عز)

(١) قوله: "لم يملك" أى وإن استغرق الدين الذى وجب على المأذون رقبته، وما فى يده من الإكساب لا يملك سيده ما فى يده من الإكساب، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما، وهو قول مالك والشافعى وأحمد: يملك السيد ما مع المأذون، فيملك كسبه؛ لأن ملك الرقبة سبب لملك كسبها، واستغراقًا بالدين لا يوجب خروج المأذون عن ملكه.

ولأبى حنيفة: أن ملك المولى إنما يثبت فى العبد المأذون خلافه عند فراغه عن حاجته، كملك الوارث، والمأذون المشغول بالدين مشغول كسبه بحاجته، فلا يخلفه المولى فيه، بخلاف رقبته؛ لأن المولى لا يخلفه فى ملكهما؛ لأنه كان مالكها قبل الإذن فاستمروا، فبقى ملكه بعد الدين على ما كان قبله. (عز وشرح النقاية)

(٢) قوله: "فيبطل [تفريع على ما تقدم من عدم ملك المولى كسب العبد المأذون المشغول بالدين]" أى لما يملك المولى كسب العبد المأذون المشغول بالدين، فلو أعتق السيد عبدًا مما فى يد المأذون من كسبه لا يصح عند الإمام، وعندهما تصح عتقه، وبه قالت الأئمة الثلاثة، وهذا فى حق الغرماء فلهم بيعه، وأما فى حق المولى فهو حر بالإجماع، فلو أن الغرماء العبد من الدين، أو قضى المولى دينه وأنه حر. (عز)

(٣) قوله: "وإن" أى وإن لم يحط الدين برقبته، وبما فى يده جاز عتقه، وهذا بالإجماع عندهما ظاهر، وأما عنده فلأنه لا يعرى عن دين قليل، فلو جعل مانعًا لا يبقى الانتفاع بكسبه، فيفوت الغرض من الإذن. (الزيلعى والمجمع)

(٤) قوله: "ولم يصح" أى ويصح بيعه، أى بيع هذا المأذون من سيد وبمثل القيمة أو أكثر؛ لأنه لا

وإن باع(١) سيده منه بمثل قيمته، أو أقل صح، وبطل(٢) الثمن لو سلم قبل قبضه، وله(٣) حبس المبيع(٤) بالثمن، وصح(٥)

أى من المأذون، من القيمة، البيع، عن المأذون، المولى المبيع، أى للمولى، أى بسبب الثمن

تهمة فى البيع بمثل القيمة، فيصح، ولا يصح بيعه بأقل من القيمة، ولو يسيرًا لا حق الغرماء تعلق بالمالية، فليس له أن يبطل حقهم ما لو كان دينه أقل بحيث لا تحيط فجاء هو بأقل من قيمته لعدم تعلق حق الغرماء.

وفى القهستانى: وهذا عنده، وعندهما يبيع من سيده مطلقًا إلا أن السيد مخيّر بين إزالة الغبن وبين نقض البيع، ويبيع من أجنبى بالغبن أيسر، لا الفاحش، ويتخيل أن الصحيح أن قوله كقولهما، كما فى "الكافى". (المجمع)

(١) قوله: "وإن باع" أى إذا باع مولى العبد المأذون المديون شيئًا من العبد المذكور بمثل القيمة، أو بأقل منها، بأن كانت قيمته ألفًا، فباع منه بخمس مائة، أو بألف صحّ لعدم التهمة.

ولأن المولى أجنبى عن كسبه عنده إذا كان عليه دين، والكلام فيه؛ لأنه لا يملك كسبه، فيخرج المبيع عن ملكه فيصح، كما فى الأجنبى، وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة، وقد وجدت فإن المولى يستحق أخذ الثمن، والعبد المبيع، فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فأفاد. (عز والزيلعى)

(٢) قوله: "وبطل" أى لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن، فلا يطالب العبد بشىء؛ لأنه بتسليمه المبيع سقط حقه فى المجلس، ولا يجب له على عبده دين، فخرج مجانًا، بخلاف ما إذا كان الثمن حر ضمنيًا حيث يكون المولى أحق به من الغرماء؛ لأنه تعين بالعقدة، فملكه به عنده، وعندهما تعلق حقه بعينه، فكان أحق به من الغرماء، إذ هو ليس بدين يجب فى ذمة العبد، ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبده، وهو أحق به من الغرماء، كما لو غصب العبد شيئًا من ماله، أو أودع ماله عند عبده، أو قبض المبيع بغير إذن المولى، بخلاف ما إذا باع العبد من سيده تسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن لا يسقط الثمن؛ لأنه لا يجوز أن يثبت للعبد المأذون له المديون دين على مولاه، ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيئًا من إكساب عبده المديون ضمن للعبد (ز)

(٣) قوله: "وله" أى للمولى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن من العبد؛ لأن المبيع لا يزيل ملك السيد ما لم يصل إليه الثمن، فينبغى ملك السيد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن، ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء، بخلاف ما إذا سلم المولى المبيع أولا، حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين، فيصير الثمن دينًا مطلق فيسقط. (الزيلعى بحذف)

(٤) هذا إذا كان المأذون مديونًا، وإلا لم يجز بينهما بيع.

(٥) قوله: "وصح" أى جاز إعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين، وهذا بالإجماع لقيام ملكه فيه، وإنما الخلاف فى إكسابه بعد الاستغراق بالدين. (الزيلعى)

المولى. أى قيمة العبد أى لأصحاب المديون العبد المأذون من الدين

إعتاقه، وضمن[١] قيمته لغرماءه، وطولب[٢] ما بقى

أى سيد المأذون

بعد[٣] عتقه، فإن باعه سيده وغيّبه المشترى[٤]، ضمّن

لأن البائع متعدّ ببيعه وتسليمه إلى المشترى أى على البائع أى بسبب عيب البائع وهو المولى

الغرماء البائع قيمته، فإن رُدّ[٥] عليه بعيب، رجع بقيمته،

---

(١) قوله: "وضمن" يعني المولى، فيضمن قيمة المعتق لغرماءه؛ لأنه أتلف ما تعلق به حقهم بيعًا لاستيفاء من ثمنه، ولا وجه لرد العتق؛ لأنه لا يقبل الفسخ، فأوجب الضمان دفعًا لضرر الغرماء، بخلاف ما إذا كان المأذون له مدبرًا، أو أم ولد حيث لا يجب الضمان بإعتاقهما؛ لأن حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع، فلم يكن المولى متلفًا حقهم، فلم يضمن شيئًا، فلو قال: ولو قنّا لكان أولى، وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن قدر الدين الغير، وإن كان الدين أكثر من القيمة، ضمن قيمته بالغة ما بلغت، لتعلق حقهم بماليته، كما إذا أعتق الراهن المرهون. (التكملة)

(٢) قوله: "وطولب" أى لغرماءه لطالبوه بعد الحرية إن بقى من دينهم شىء، ولم تف به القيمة؛ لأن الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه، وعدم ما يسقطه، والمولى لا يلزمه إلا قدر ما أتلف، فبقى الباقى عليه، لما كان، فيرجع به عليه، ولهذا كان لهم أن يتبعوا العبد بالكل، ويبرؤا المولى عنه؛ لأن دينهم عليه، وإذا اختاروا ابتاع أحدهما، لا يبرأ الآخر، كالكفيل مع المكفول عنه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "بعد عتقه" قيل لا حاجة إلى قوله بعد عتقه؛ لأن وضع المسألة فى الإعتاق، ويمكن أن يقال: إن التقييد ليس للاحتراز، بل للإشارة إلى تعليل المسألة، أى يطالب بالباقى حالا إن لم تف القيمة؛ لأنه معتق عند عدم وفاءها؛ لأن التضمين بالقيمة بعد عتقه، بخلاف ما إذا بيع للغرماء، فإن الباقى يتأخر إلى أن يعتق. (الكشف)

(٤) أى جعل المشترى بعد قبضه غائبه.

(٥) قوله: "فإن رد" أى إذا رد المشترى العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته، رجع المولى بقيمته على الغرماء، وكان حق الغرماء فى العبد؛ لأن سبب الضمان قد زال، وهو البيع والتسليم، فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب، كان له أن يرد المغصوب على المالك، ويرجع عليه بالقيمة التى دفعها إذا رد عليه قبل القبض مطلقًا، أو بعده للقضاء؛ لأنه فتح من كل وجه.

وكذا إذا رد عليه بخيار الرؤية أو الشرط، وإن رده بالعيب بعد القبض بغير قضاء، فلا سبيل للغرماء على العبد، ولا مولى على القيمة؛ لأن الرد بالتراضى إقالة، وهى بيع فى حق غيرهما، وإن فضل من دينهم شىء حتى رجعوا به على العبد بعد الحرية -قال رحمه الله- أو مشتريه، أى أو ضمنوا مشتريه، وهو معطوف على البائع؛ فتقديره: فإن باعه سيده وعيّبه المشترى، ضمن الغرماء البائع، وهو المولى قيمة، أو ضمنوا مشترى العبد قيمته؛ لأن كل واحد منهما متعد فى حق الغرماء، البائع بما ذكرنا، والمشترى بالشراء والقبض والتغييب.

أى أو ضمن الغرماء مشتريه — أى الغرماء

وحق الغرماء فى العبد، أو[1] مشتريه، أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن، فإن باع سيّده وأُعلم بالدين، فللغرماء[2] ردُّ البيع، فإن غاب[3] البائع، فالمشترى ليس بخصم لهم.

(أى ثمن العبد — حالية — المشترى — للغرماء)

قال رحمه الله: أو أجازوا البيع، وأخذوا الثمن، أى الغرماء إن شاءوا أجازوا البيع، وأخذوا ثمن العبد، ولا يضمنوا أحدا القيمة؛ لأن الحق لهم، والإجازة اللاحقة كالإذن السابق، كما إذا باع الراهن الرهن، ثم أجاز المرتهن البيع، بخلاف ما إذا كفل عن غيره بغير أمره، ثم أجاز؛ لأنها وقعت غير موجبه للرجوع، ولم يتوقف نفاذ الكفالة، ولزومها على الإجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له، ولا كذلك ما نحن فيه.

فحاصله أن الغرماء مخيرون بين ثلاثة أشياء، وإجازة البيع، وتضمن أيهما شاذا، ثم إن ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع؛ لأن أخذ القيمة منه كأخذ العين، وإن ضمنوا البائع، سلم المبيع للمشترى، وتم البيع لزوال المانع، وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر، حتى لا يرجعوا عليه، وإن تويت القيمة عند الذى اختاروه؛ لأن المخير بين شيئين إذا اختار أحدهما تعين حقه فيه، وليس له أن يختار الآخر. (الزيلعى)

(١) عطف على البائع.

(٢) قوله: "فللغرماء" أى إذا باع العبد المأذون مولاه خير المشترى بأن هذ العبد مديون، فللغرماء أن يردوا البيع، لما أن حقهم تعلق به، وهو الاستسعاء أو لاستيفاء من رقبته فى كل فائدة، فإن الأول تام مؤخر، والثانى ناقص معجل، والبيع فوّت هذه الخيرة وهم أن يرضوا بالبيع، فليس لهم الرد، وأطلق البيع، فشمل ما إذا كان بثمن قليل أو كثير، وهو مقيّد بثمن لا يوفى ديونهم، وإلا وإلا فليس لهم الرد، وقيّد بإعلامه بالدين ليقع البيع لازمًا بين البائع والمشترى؛ لأن الدين عيب يوجب الرد، ولتكون المسألة اتفاقية، فإنه إذا أعلم، يجب عليه الإقرار بالدين، فلهم الرد بالاتفاق حين إذا إقرار. (عز)

(٣) قوله: "وإن غاب [بعد بيع المولى المأذون وقبض المشترى]" أى لو باع المولى عبده المدين، وقبضه المشترى، ثم غاب البائع، لا يكون المشترى خصمًا للغرماء إذا أنكر المشترى الدين، وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكون المشترى خصمًا، ويقضى لهم بدينهم، وعلى هذا الخلاف إذا اشترى وأراد وهبها، وسلمها إليه، ثم غاب المشترى الواهب، ثم حضر الشفيع، فإن الموهوب لا يكون خصمًا عندهما، خلافًا له، هو يقول: إن ذا اليد مدعى الملك لنفسه فى اليمين، فيكون خصمًا لكل من ينازعه فيها.

ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد، وقد قام بهما، فيكون الفسخ قضاءً على الغائب، وإن أقر بالدين، فلهم الرد بالاتفاق. (الزيلعى بحذف)

من الأمصار

ومن قدم مصرا، وقال: أنا عبد زيد، فاشترى وباع لزمه[١]

لدين إذا لم يفِ كسبه

كل شيء من التجارة، ولا يباع، حتى يحضر سيده، فإن

أى بأنه أذن له — أى وإن لم يقر بإذنه لا يباع — أى الصبى أوالمعتوه المذكوران

حضر[٢]، وأقرّ بإذنه بيع، وإلا لا، وإن[٣] أذن للصبى والمعتوه

---

(١) قوله: "لزمه" أى يقبل قوله فى الإذن فى حق كسبه، حتى يقضى دينه من كسبه، والمسألة على وجهين: أحدهما: أن يخبر أن مولاه أذن له، فيصدق استحسانًا عدلا كان أو غير عدل، والقياس أن لا يصدق إلا بحجة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «البيّنة على المدعى».

وكذا القياس أن تشترط العدالة فى الخبر؛ لأن جانب المصدق بها يترجح، ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوه من غير اشتراط شيء من ذلك، وإجماع المسلمين حجة يخص به الأثر، ويترك به القياس، ولأن فى ذلك ضرورة وبلوى، فإن الإذن لا بد منه لصحة تصرفه، وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن، وما ضاق على اناس أمره اتسع حكمه، وما عمت بلية سقطت قضية.

والثانى: أن يبيع ويشترى، ولا يخبر بشيء منه، فالقياس فيه أن لا يثبت الإذن؛ لأن السكوت محتمل، وفى الاستحسان يثبت؛ لأن الظاهر أنه مأذون له؛ لأن عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب الحرام، فوجب حمله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن، فالعل بالدليل الظاهر هو الأصل فى المعاملات دفعًا لضرر عن العباد، فلا يشترط فيه الإخبار أنه مأذون له، بل يكتفى بظاهر حاله، فإذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله، صحت تصرفاته، حتى يظهر خلاف ذلك، ولزمته الديون، فيستوفى من كسبه،

وإن يف الكسب بالدين لا تباع رقبته؛ لأن ملك المولى فى الرقبة ثابت، فلا يصدق إقراره على مولاه، ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به، ألا ترى أن المدبر وأم الولد لا يباعان بالدين، بخلاف الكسب؛ لأن المولى لا يملكه ما دام مشغولا بحاجته العبد، وإنما يخلفه فى الفاضل عن حاجته. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "فإن حضر" يعنى إذا المولى وأقر بإذنه بيع فالدين حقه بإقراره، وإن قال: هو محجور عليه، كان القول قوله: لتمسكه بالظاهر، إلا إذا ثبت الغرماء الإذن منه بالبينة؛ لأن الثابت بالبينة كالثابت عيانًا، إذ مبنية كاسمها. (التكملة)

(٣) قوله: "وإن" قال الإتقانى: لما فرغ من بيان إذن العبد، شرع فى بيان إذن الصبى الذى يعقل والمعتوه، وقدّم الأول لكثرة الاحتياج بكثرة وقوعه.

ولأن إذن العبد صحيح اتفاقًا، بخلاف إذن الصبى، فإن فيه خلاف الشافعى، والأصل عدم الخلاف، فقدم الجمع لكونه أصلا. (الشلبى)

الذى يعقل البيع والشراء وليه[١]، فهو فى الشراء والبيع، كالعبد[٢] المأذون.

(١) وهو أبوه، ثم وصيه، ثم جده، ثم وصيه، ثم الولى، أو القاضى، أو وصيه.

(٢) قوله: "كالعبد" يعنى فى جميع ما ذكرنا من الأحكام من أنه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع، ويكون مأذونًا له بسكوت الولى حين ما يراه يبيع ويشترى، ويصح إقراره بما فى يده من كسبه، ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده، خلافًا لهما إلى غير ذلك من الأحكام التى ذكرناها فى العبد.

والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك، والشراء جالب له، وأن يقصد به الربح، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش.

وقال مالك والشافعى وأحمد: لا ينفذ تصرفه بإذن وليه لقوله تعالى: ﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ﴾ الآية، وقوله تعالى: ﴿حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُم رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ﴾ حيث شرط البلوغ والرشد للدفع إليهم فى هذه الآية، ونهى عن الدفع إلى السفهاء فى الأولى، والصبى سفيه وليس ببالغ، والبالغ المعتوه ليس برشيد.

ولنا قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ﴾ أمر بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار، وذلك الإذن فى التجارة. (شرح النقاية وتمامه فى "التبيين")

كتاب(١) الغصب(٢)

هو(٣) إزالة اليد المحقه بإثبات اليد المُبطلة، فالاستخدام(٤)

(١) قوله: "كتاب" قال الإتقانى: وجه المناسبة ين الكتابين عندى يتصرف فى الشىء بالإذن الشرعى، والغاصب يتصرف فيه لا بإذن شرعى، فكان مناسبة المقابلة إلا أنه قدم كتاب المأذون؛ لأنه مشروع والغصب ليس بمشروع، ويجوز أن يقال: إقرار المأذون يصح بالغصب والاستهلاك، كما يصح بما هو من التجارة، فجر الكلام إلى ذكر الغصب عقيب الإذن، فذكره يبين فيه أحكامه. . .اهـ.

والغصب على ضربين: أحدهما: ما يتعلق المأثم، وهو ما وقع على العلم، والثانى: لا يتعلق به المأثم، وهو ما وقع على الجهل، كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له، والضمان يتعلق بهما جميعًا؛ لأن أسباب الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المأثم، وما لا يتعلق به المأثم، وأما المأثم فلا يحصل إلا مع القصد، لقوله عليه الصلاة والسلام: رُفع عن أمتى الخطأ والنسيان، معناه رفع مأثم الخطأ. (الشلبى)

(٢) هو لغةً: أخذ الشىء ظلمًا أو قهرًا، مالا كان أو غيره، وقد سمى المغصوب غصبًا، تسمية للمفعول بالمصدر، وشرعًا: ما بيّنه الشيخ.

(٣) قوله: "إزالة" أى بفعل فى العين، كما ذكره ابن الكمال ليخرج الجلوس على البساط، فإن الإزالة موجودة فيه، لكن لا بفعل فى العين. (الطحطاوى)

وزاد فى "التكملة": عبارة المتن بأنه إزالة اليد المحقة بإثبات اليد المبطلة فى مال المنقود المحترم قابل للنقل، ثم إزالة اليد المحقة أخرج زوائد المغصوب، فإنها غير مضمونة؛ لأنه ليس فيها إزالة.

وكذا لو غصب دابة فتبعتها أخرى، أو ولدها، لا يضمن، لعدم الإزالة، وقوله: فى مال شمال المال المتقوم، وغير المتقوم، وبقوله: متقوم، أخرج الخمر والخنزير إذا كان لمسلم، فإنه لا يكون غاصبًا.

وبقوله: محترم أخرج مال الحربى، فإنه غير محترم، وقوله: قابل للنقل أخرج العقار، ولا يخفى أن هذا التعريف غير جامع ولا مانع، أما كونه غير جامع، فإنه لا يشمل ما إذا قتل إنسان إنسانًا فى معاركة، وترك ولم يأخذه، فإنه يكون غاصبًا إذ لم تزل يد المالك، ولم تثبت يده.

وكذا لا يشمل ما إذا غصبها من يد المستأجر أو المستعير، أو المرتهن أو المودع، أو غصب مال الوقف مع أنه لم تزل اليد المحقة، وأما كونه غير مانع، فإنه يصدق على السرقة، فيزاد فى التعريف على سبيل المجاهرة.

(٤) قوله: "فالاستخدام" أى فاستخدام العبد، أى عبد الغير بغير إذنه، وحمل الدابة، أى دابة الغير بغير إذنه غصب لوجود إزالة اليد المحقة، وإثبات اليد المبطلة فيهما لا الجلوس على البسط؛ لأن

أي تحصيل / أي ليس بغصب / على الغاصب

وحمل الدابة غـصبٌ لا الجلوس على البسـاط، ويجب(١) ردّ

أي مثل الغصب / حالية

عينه(٢) فى مكان(٣) غصبه(٤)، ومثله(٥) إن هلك وهو مثلى(٦)،

أي انقطع / أي فالواجب قيمته / كالحيوان والعددى المتفاوت والمذروع

وإن انصرم(٧) المثل فقيمته يوم الخصومة، وما(٨) لا مـثل له،

الجلوس عليه ليس بتصرف فيه، إذا بسط فعل المالك، وقد بقى أثر فعله فى الاستعمال، فلم يكن أخذ، وعند الأئمة الثلاثة الجلوس أيضًا غصب. (المجمع)

(١) قوله: "ويجب" لقوله عليه الصلاة والسلام: «على اليد ما أخذت حتى تردّ» الحديث، أخرجه أصحاب السنن الأربعة بلفظ: «على اليد ما أخذت حتى تؤدى».

ولأن اليد حق مقصود، وقد فوّتها فيجب إعادتها، وهو الموجب الأصلى على ما قالوا، ورد القيمة مخلص خلفًا؛ لأنه قاصر، إذ الكمال فى رد العين والمالية، وقبل الموجب الأصلى القيمة، ورد العين مخلص. (الكشف)

(٢) أى المغصوب إلى المالك إن كان قائمًا.

(٣) بالإضافة، أى غصاب العين ويجوز بقطعها، أى الواجب رد عينه فى مكان قد غصبه فيه.

(٤) لتفاوت القيم بتفاوت الأماكن.

(٥) قوله: "أو مثله" أى يجب عليه مثل المغصوب إن كان مثليًا، وهلك عنده، فقال تعالى: ﴿فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ...﴾ إلخ، ولأن المثل أعد لما فيه من مراعاة المالية والجنس، فكان أدفع للضرر، وتسميته فى الآية اعتداء لجاز للمقابلة، كقوله تعالى: ﴿وَجَزَاءُ سَيِّئَةٍ سَيِّئَةٌ مِّثْلُهَا﴾، وإنما سمى بها مجازًا، كذا هنا الثانى ليس باعتداء. (الزيلعى والكشف)

(٦) المراد بالمثلى المكيل والموزون والعددى المقارب مثله، كالجوز والبيض حتى يضمن مثله عددًا.

(٧) قوله: "وإن انصرم" أى إن انقطع المثلى عن أيدى الناس يجب على الغاصب قيمته، وتعتبر قيمته يوم الخصومة، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب، وقال محمد رحمه الله: يوم الانقطاع لأن المثل هو الواجب بغصب ذات المثل، فلا ينتقل إلى القيمة إلا بالعجز عنه، والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ، وهذا لأن المثل أعدل على ما بينا، فلا يصار إلى القيمة مع القدرة عليه لقصورها، فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه؛ لأنها خلف عنه، ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه، فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع.

ولأبى يوسف رحمه الله أن المثلى إذا انقطع التحق بذوات القيم، وفيها نعتبر القيمة يوم الغصب، فكذا فيما التحق بها، وهذا لأن القيمة خلف عن المثل، حتى لا يصار إليها إلا عند العجز، والخلف يجب بما يجب به الأصل، فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل، وكالقيمة فى غير المثلى، ولأبى

أى فالواجب قيمته — الغاصب — أى هلاك المغصوب

فقيمته يوم غصبه، فإن ادعى[(١)] هلاكه حبسه الحاكم حتى

أى المغصوب — على الغاصب

يعلم أنه لو بقى لأظهره، ثم قضى عليه ببدله، والغصب[(٢)] فيما

حنيفة أن المثل هو الواجب بالغصب، وهو باقٍ فى ذمته ما لم يقضِ القاضى بالقيمة، ولهذا لو صبر إلى أن يعود المثل كان ذلك إنما ينتقل فى القيمة بالقضاء حتى لا يعود إلى المثل لوجوده بعد ذلك، فتعتبر قيمة وقت الانتقال، وحد الانقطاع أن لا يوجد فى السوق الذى يباع فيه، وإن كان يوجد فى البيوت. (الزيلعى)

(٨) قوله: "وما" أى ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه، وزاد بالإجماع؛ لأنه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى، وهو الكامل، فيجب اعتبار المثل حنيً، وهو القيمة لأنها تقوم مقامه، ويحصل بها مثله، واسما ينبئ عنه، وقال مالك: يضمن مثل صورة؛ لما تلونا.

قلنا: الآية لا تنافى ما قلنا؛ لأن المذكور فيها المثل، وهو موجود فى القيمة من حيث المالية على ما بينا، فكانت الآية شاهدة لها، وهذا المثل هو المتعارف بين الناس، لا المثل صورة بلا معنى. (الزيلعى بحذف وتصرّف)

(١) قوله: "فإن ادعى" أى فإن ادعى الغاصب هلاك المغصوب حبس ذلك الغاصب إذا لم يرضَ المالك بالقيمة، فإنه مقر بالغصب، فإذا أنكر أقام عليه بينة، والصحيح أنه تقبل البينة فى حق الحبس حتى يعلم، وبطن بمضى مدة موكولة إلى رأى القاضى أن المغصوب لو كان باقيًا لما ظهره، ثم يقضى الحاكم على الغاصب ببدل المغصوب، أى بالمثل فى المثلى، وبالقيمة فى القيمى؛ لأن الواجب رد العين، والهلاك عارض، فهو يدعى عارضًا، خلاف الظاهر، فلا يقبل قوله. (المجمع بتصرّف والكشف)

(٢) قوله: "والغصب" أى والغصب لا يتحقق لا فى ما ينقل فظهر أن الغصب لا يتحقق فى العقار، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وقال محمد: فى العقار له غصب، ويضمن بالهلاك فى بدله أخذه قهرًا عن مالكه، وهو قول أبى يوسف رحمه الله، وبه قال مالك والشافعى؛ لأن ذلك سببًا للضمان، كما فى المنقول.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الغصب إزالة العبد المحقة بإثبات اليد المبطلة؛ لأن الواجب ضمان جبر يتعمد التفويت، وإزالة يد المالك إنما يكون بالنقل والتحويل، وذا لا يتصور فى العقار، وإنما يتصور فيه منع المالك عنه، ومنع المالك كصور لا فى المحل، وصار كما لو بعد المالك عن مواشيه حتى تلف بذلك.

وأما قوله ﷺ: «من غصب شبرًا من أرض طوّقه الله تعالى يوم القيامة من سبع أرضين»، فلا يدل على أنه يتحقق فى الغصب الموجب للضمان، كالطلاق بلفظ البيع على بيع الحر فى حديث: من باع حرّا.

قال ابن الأثير: طوّقه من سبع أرضين، أى يخسف الله به الأرض، فتصير البقعة المغصوبة منها فى عنقه كالطوق، ويؤيده أنه فى رواية البخارى خسف به سبع أرضين، وفى مسند ابن أبى شيبة من غصب شبرا من أرض جارته أسطامًا فى عنقه، والاسطام كالحلق من الحديد.

ينقل، فإن غصب(١) (أخذ) عقارًا، وهلك فى يده لم يضمنه(٢)، وما نقص بسكناه(٣) (فى الأرض المغصوبة) وزراعته ضمن(٤) (بالإجماع) النقصان، كما فى النقلى، (أى كما يضمن بالذى ينقل) وإن استغلّه(٥) تصدق بالغلة، كما لو تصرف فى المغصوب الوديعة وربح، وملك(٦) (الغاصب العين المغصوبة) بلا حل(٧) (ظرف لعدم الحل) انتفاع قبل أداء الضمان

وقيل: هو أن يطوق حملها يوم القيامة، أى يكلفه، فيكون من طوق التكليف لا من طوق التقليد هذا، والحديث المذكور هو حجتنا فى ذلك، فإنه ﷺ بيّن جزاء غاصب العقار الوعيد فى العقبى، والمرتبة الضمان فى الدنيا، فكذلك دليل على أن المذكور جميع أجزاءه، ولو كان الضمان واجبًا لكان الأولى أن يبينه؛ لأن الحاجة إليه أمس. (شرح النقاية بزيادة)

(١) أراد الغصب اللغوى، إذ الغصب الشرعى لا يتحقق فى العقار.

(٢) لما تقدم من أن الغصب فيما ينقل، خلافًا لمحمد، وبقوله: يفتى فى الوقف.

(٣) أى بسكنى الغاصب فى الدار المغصوبة.

(٤) لأنه إتلاف والعقار يضمن به، كما إذا نقل ترابه؛ لأنه فعل فى العين. (الكشف)

(٥) قوله: "وإن استغله" أى إن استغل المغصوب بأن كان عبدًا مثلا، فأبره منقصه بالاستغلال، وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلّة، كما يتصدق بالربح فيما إذا تصرف فى المغصوب، أو ديته بأن باعه وربح فيه، أما الأول وهو الاستغلال، فالمذكور هنا قوله، وعند أبى يوسف رحمه الله لا يتصدق به؛ لأنه حصل فى ضمانه، وهنا ظاهر، وفى ملكه؛ لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندًا.

ولهما أنه حصل بسبب خبيث، وهو التصرف فى ملك الغير، وما هذا حاله فسبيله التصدق، والملك المستند ناقص، فلا ينعدم به الخبث.

وأما الثانى: وهو ما إذا تصرف فى المغصوب، أو وديعة، فهو على وجوه: إما أن يكون مما يتعين بالتعين كالعروض، أو لا يتعين، كالنقدين، فإن كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة، وبعده يحل إلا ما فى زاد على هذا القيمة، وهو الربح المذكور هنا، فإنه لا يتطيب له، وتصدق به؛ لأن العقد يتعلق فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض. فتمكن الخبث فيه، وإن كان مما لا يتعين، فقد قال الكرخى: إنه على أربعة، أو ربوالان أشار إليه، ونقد منه، أو أشار إليه، ونقد من غيره، أو أطلق إطلاقًا، ونقد منه، أو أشار إلى غيره، ونقد منه، وفى كل ذلك يطيب له إلا فى الوجه الأول، وهو ما إذا أشار، ونقد منه؛ لأن الإشارة لا تفيد التعين، فيستوى وجودها وعدمها إلا إذا تأكدا بالنقد منها. (الزيلعى بحذف والكشف)

(٦) قوله: "وملك" لأنه لو لم يملكه بذلك المحققة ضرر، وكان ظلمًا، والظالم لا يظلم، بل ينصف، ثم الظابة فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها، ومعظم منافعها

بشيء[١] وطبخ[٢] وطحن وزرع[٣]، واتخاذ سيف، أو إناء[٤]

أى الذهب والفضة — بالجر عطف على قوله: وإناء

بغير[٥] الحجرين، وبناء[٦] على ساجة.

رجل نحوها مما يؤكل — مغصوبا أى خرقا فاحشا — أى قيمة الشاة، أو قيمة الثوب

ولو[٧] ذبح شاة، أو خرق ثوبا فاحشا، ضمن القيمة،

إذا اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها أصلا، أو إما يحرج زال ملك المغصوب منه عنها، وملكها الغاصب، وضمنها، ولا يحل الانتفاع بها حتى يؤدى بدلها، وما ذكر من شيء اللحم، وطبخه وطبخ الحنطة، أو طحنه وزرعها، واتخاذ الحديد سيفًا، أو إناء واتخاذ غيره مثل الصفر إناء، والبناء على الساجة بهذه المثابة، فيملكها الغاصب إلا الذهب والفضة، فإنه لا يملكها باتخاذه أوانى، أو بضربه دنانير أو دراهم عند أبى حنيفة رحمه الله، وهى المراد بقوله: غير الحجرين. (الزيلعى)

(٧) قال زفر: يحل له الانتفاع، وهو رواية عن أبى حنيفة.

(١) بأن غصب شاة وذبحها وشواها أو طبخها.

(٢) بأن غصب حنطة وطبخها.

(٣) كأن غصب الحنطة مثلا وزرعها.

(٤) قوله: "أو إناء" لأنه أحدث صنعة متقومة، فيصير حق المالك هالكًا من وجه، ألا ترى أنه تبدل الاسم، وخلاف معظم المقاصد، وحقه فى الصبغة قائم من كل وجه، فيترجح على الأصل الذى هو فائت من وجه، بخلاف صبغ الثوب أحمر مثلا حيث، وجدت الصبغة مع أن حق المالك باقٍ؛ لأن الثوب ليس بهالك لبقاء اسمه، وأعظم مقاصده. (الكشف وحاشيته)

(٥) قوله: "بغير" فلو ضربها دراهم، أو دنانير، أو آنية لم يزل ملك مالكهما عند أبى حنيفة، فللمالك أن يأخذه، ولا يعطيه شيئًا عند الإمام، وقال: يزول إلى الغاصب، وله أن الاسم باقٍ، وكذا معناهما الأصلى، وهو الثمنية، وكونه موزنيًا حتى يجرى فيه الربا باعتباره، وكذا الصنعة فيها غير متقومة مطلقًا؛ لأنه لا قيمة لهما عند المقابلة بجنسها. (الكشف وحاشيته)

(٦) قوله: "وبناء" أى وملك الغاصب أيضًا به ببناء على ساجة -بالجيم- وهو مفرد ساج، وهو شجر عظيم صلب قوى ينبت فى بلاد الهند، وهى من أعز الأشجار يستعمل فى أبواب الدور وبناءها وأساسها، خلافًا للشافعى.

ولنا ما قدمناه من أنه أحدث صنعة متقومة... إلخ، ولأن فى نقض بناء الغاصب إضرارًا به بلا خلف، وضرر المالك مجبور بالقيمة. (الكشف بتغيير)

(٧) قوله: "ولو" ههنا مسألتان حكمهما واحد: الأولى: أنه ذبح رجل شاة لآخر بغير إذن مالكها، أو خرق ثوبًا بغيره خرقًا فاحشًا، فهو مخير بين أن يضمن قيمة الشاة المغصوبة المذبوحة، أو الثوب الذى خرقه ويسلم المغصوب إلى الغاصب الذابح، أو الخارق وبين أن يضمن الغاصب النقصان، وأخذ المالك والمغصوب المذبوح، أو الثوب الذى خرق من الغاصب.

أى إلى الغاصب — الغاصب

وسلم المغصوب إليه، أو ضمن النقصان، وفى[1]

وهو ما لا يفوت به شيء من المنفعة — الخارق — وأخذ المسك والثوب — رجل

الخرق اليسير ضمن نقصانه، ولو غرس[2] أو بنى فى

أى الغرس والبناء — الأرض إلى صاحبها — مالك الأرض للغاصب

أرض الغير قلعا وردت، وإن[3] نقصت الأرض بالقلع ضمن

وكذا إذا قطع يد الشاة أو رجلها، وإنما يخير لأن هذه الأشياء إتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الأغراض من الحمل، وعدد النسل، وفوات بعض المنفعة من الثوب، فيخير بين تضمين جميع قيمته تركه له، وبين تتعين نقصانه، وأخذه والخرق الفاحش ما فوت بعض العين، وبعض نفعه لا كله، فلو كله ضمن كلها هنذا هو الصحيح، وقيل: الفاحش ما يوجب النقصان رفع القيمة مما دونه يسير، وقيل: ما ينتقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم، وقيل يرجع إلى عرف الخيّاطين. (عز)

(١) قوله: "وفى" أى وفى خرق يسير نقصه، أى نقص الخرق الثوب والجملة صفة يسير، ولم يفوت شيئًا من النفع تضمن الخارق نقصان، يعنى مع أخذ عينه، وليس له غير ذلك؛ لأن العين قائمة من كل وجه، وإنما دخله عيب، فنقص ذلك، فكان له أن يضمنه النقصان. (المجمع)

(٢) قوله: "ولو غرس" أى ومن بنى فى أرض غيره أو غرس فيها أمر بالقلع، والرد أى بقطع البناء والغرس، ورد للأرض لقوله ﷺ: «ليس لعرق ظالم حق»، رواه أبو داود والترمذى والنسائى، وصححه فى "المغرب" بتنوين عرق، أى لذى عرق ظالم، وهو الذى يغرس فى الأرض غرسًا على وجه الاغتصاب، ووصف العرق بالظلم الذى هو صفة صاحبه مجاز.

قال الأكمل: وقد روى بالإضافة، أى ليس لعرق غاصبه ثبوت، بل يؤمر بقلعه، وفى الصحاح العرق الظالم أن يجيء الرجل إلى أرض قد أحياها غيره، فيغرس فيها، أو يزرع يستوجب به الأرض. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وإن" أى إذا كانت الأرض تنتقص بالقلع كان لصاحب الأرض أن يضمن الغاصب قيمة البناء، أو الغرس مقلوعًا، ويكونان له؛ لأن فيه دفع الضرر عنهما، فتعين فيه أنظر لهما، وإنما يضمن له قيمته مقلوعًا لأنه مستحق القلع، وليس له أن يستديم فيها، فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت مقلوعًا.

وكيفية معرفتهما أن تقوم الأرض وبها بناء، أو هجر استحق قلعه، أى أمر بقلعه، وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس، فيضمن فضل ما بينهما، كذا قالوا، وهذا ليس بضمان بقيمته مقلوعًا، بل هو ضمان لقيمته قائمًا مستحق القلع، وإنما يكون ضمانًا لقيمته مقلوعًا أن لو قوّم البناء والغرس مقلوعًا موضوعًا فى الأرض بأن يقدر الغرس حصاد، والبناء آجرًا، أو البناء، أو حجارة مكوّمة على الأرض، فيقوم وحده من غير أن يضم إلى الأرض، فيضمن له قيمة الحطبة والحجارة المكومة دون المبنية. (الزيلعى)

مالك الأرض للغاصب — أى لصاحب الأرض

له البناء والغرس مقلوعًا[١]، فيكون له، وإن صبغ[٢] أو لتّ[٣]

الذى غصبه — أى الغاصب

السويق بسمنٍ ضمنه قيمة ثوبٍ أبيض ومثل السويق، أو

المالك — أى المالك الغاصب — فى الثوب — فى السويق

أخذهما، وغرم ما زاد الصبغ والسمن.

فصل[٤]

بالغين ما بعد — للمالك

لو[٥] غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه، والقول[٦] فى

---

(١) حال من كل واحد من البناء والغرس.

(٢) قوله: "وإن صبغ" يعنى إذ غصب ثوبًا لصبغه، أو سويقًا فلته بسمن، فالمالك بالخيار، إن شاء ضمنه قيمته ثوبه أبيض، ومثل السويق وإنشاء أخذ المصبوغ والملتوت، وغرم ما زاد الصبغ والسمن.

وقال الشافعى رحمه الله: فى الثوب يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الإمكان، وتسليمه لصاحبه، وإن انتقص قيمة الثوب بذلك، فعليه ضمان النقصان؛ لأن الغاصب متعدّ، فلم يكن لفعله عبرة، والتمييز ممكن، فصار كطير الغرس والبناء فى الأرض، بخلاف السمن فى السويق لتعذر التمييز.

ولنا أن الصبغ مال متقوم للغاصب، وبجنايته لا يسقط تقوم ماله، فيجب صيانتة حقهما ما أمكن، كان صاحب الثوب أولى بالتغيير؛ لأن صاحب أصل، والآخر صاحب وصف، وهو قائم بالأصل، وكذا السويق أصل والسمن تبع، ألا تراهم يقولون: سويق ملتوت، فيخير صاحبه لتعذر التمييز، بخلاف البناء والغرس؛ لأن التمييز ممكن فيه بالنقص، وله وجود بعد النقص، فأمكن إيصال حق كل واحد منهما إليه وللصنيع يتلاشى بالغسل، فلا يمكن إيصاله إلى صاحبه. (الزيلعى)

(٣) أى إذا خلط الغاصب.

(٤) فى بيان مسائل تتصل بمسائل الغصب.

(٥) قوله: "لو" أى إن جعل الغاصب المغصوب غائبًا، وضمن قيمته للمالك ملكه، أى الغاصب المغصوب إن كان قابلا للنقل من ملك إلى ملك خلافًا للشافعى؛ لأن الغصب عدوان محض، فلا يصير سببا للملك، كما فى المدبر.

ولنا أنه ملك ببدل بكماله، أى يدًا أو رقبةً، والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك لملكه، كما فى سائر المبادلات دفعًا للضرر عنه قرار فرق إقرار كلها لمالك؛ لأنه لم يخرج المغصوب من ملك مالك بلا بدل، والمالك قد أخرج البدل من ملك الغاصب بلا بدل، ولا يكون جزاء العدوان إلا بمثله، بخلاف غصب المدبر لأنه قابل للنقل. (الكشف وحاشية المجمع)

أي في قيمة المغصوب المغصوب بعد ذلك

القيمة للغاصب مع يمينه، والبينة للمالك، فإن(١) ظهر وقيمته

أي أو ضمنه ببينة المالك. أي أو ضمن بنكول...إلخ

أكثر، وقد ضمنه بقول المالك أو ببينة، أو بنكول الغاصب،

فهو للغاصب، ولا خيار للمالك، وإن(٢) ضمنه بيمين

أي المغصوب من الغاصب لذى أخذ ومن الغصب

الغاصب، فالمالك يمضى الضمان، أو يأخذ المغصوب، ويرد

لذى أخذ ومن الغصب الغاصب قيمة من الغاصب أي بيع الغاصب.

العِوض، وإن(٣) باع المغصوب، فضمنه المالك نفذ بيعه، وإن

---

(٦) قوله: "والقول" أي والقول في القيمة عند اختلافهما للغاصب مع يمينه؛ لأنه منكر إن لم يبرهن ملكه على الزيادة التي ادعاها، فإن اقيمت حجتها، وجبت تلك الزيادة، ولم يعتبر قول الغاصب حينئذٍ؛ قول الغاصب حينئذٍ؛ لأن المالك أثبته بالحجة اللازمة، وفيه إشعار بأنه لو لم يقم أرقام الغاصب حجة القلة لم تتقبل، وهو الصحيح، بل يحلف على دعواه؛ لأن بينته تنفي الزيادة، والبينة على النفي لا تقبل. (المجمع)

(١) قوله: "فإن" أي فإن ظهر المغصوب الغائب، وقيمته أكثر، أي مال كونه يثبت أكثر مما ضمن الغاصب به الحال، أنه قد ضمن الغاصب، فقول المالك أو ببرهانه، أو بالنكول، أي بنكول الغاصب عن اليمين، فهو أي المغصوب للغاصب ولا خيار، للمالك لأنه رضى به لادعاءه هذا القدر، وينفذ بيع الغاصب، وضمن القيمة لعده. (المجمع)

(٢) قوله: "وإن" أي أخذ المالك ضمان المغصوب الغاصب بيمينه، ثم ظهر حال كونه أكثر قيمة ثمنها أعطاه الغاصب إياه، فالمالك مخير بين أن يمضى الضمان، أو يأخذ المغصوب، ويرد العوض الذي أخذه من الغاصب لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان، وإنما أخذ دون القيمة لعدم الحجة، لا للرضاء به، ولو ظهر المغصوب، وقيمته أكثر ما ضمنه، أو أقل في هذه صورة.

فأما إذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه، قال الكرخي رحمه الله: لا خيار له؛ لأنه توفر عليه الصورة ما مالا منه ملكه بكماله في ظاهر الرواية، ثبت له الخيار، وهو الأصح؛ لأن ثبوت الخيار لفوات الرضاء، وقد فات هنا حيث لم يحصل له عليه، وله أن لا يبيع ماله إلا بثمن يختاره، ويرضى به، فكان له الخيار، ثم إذا اختار المالك أخذ العين، فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التي دفعها إليها؛ لأنها مقابلة بالعين، بخلاف المدبر؛ لأنه غير مقابل به، بل بما فات من اليد. (الزيلعي وعز)

(٣) قوله: "وإن" أي لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه، ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه، ولا ينفذ عتقه، والفرق أن ملك الغاصب ناقص؛ لأنه يثبت مستنداً، كما مر، وهو يكفي لنفاذ البيع دون العتق، ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب، بل من المأذون دون عتقه. (الزيلعي والمجمع)

أى وإن حرر الغاصب العبد المغصوب — في يد الغاصب

حرره ثم ضمنه لا، وزوائد[1] المغصوب أمانة[2]،

الجارية

فيضمن بالتعدى[3]، أو بالمنع بعد طلب المالك، وما[4] نقصت

على الغاصب — النقصان

بالولادة مضمون، ويجبر بولدها.

الغاصب أو غيره — حاملا — عند المالك — الغاصب

ولو زنى[5] بمغصوبة فردت فماتت[6] بالولادة ضمن

(١) متصلة كانت لا لسمن والجمال أو منفصلة لا لولد وثمرة البستان.

(٢) قوله: "أمانة" وقال الشافعي: إنها مضمونة لوجود الغصب، وهو إثبات اليد على مال الغير، ولنا أن الغصب إزالة يد المالك، ولم يكن للمالك على هذه الزيادة ه حتى يزيلها، ولو اعتبرت ثابتة تبعًا لملك الآمر، فإنه لم يزلها أنه الظاهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه مع يمينه. (الكشف وحاشيته)

(٣) أى يتعدّى الغاصب بإتلافه، أو بذبحه، أو أكله، أو بيعه وتسليمه.

(٤) قوله: "وما" أى إذا ولدت الجارية ولدًا، ونقصت بالولادة، فإن النقصان مضمونًا على الغاصب، وإن كان فى قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد، ويسقط ضمانه عن الغاصب، وإن لم يكن وفاء به يسقط بحسابه، أما لو أنها مضمونة فلأن الجارية دخلت فى ضمانه بجميع أجزاءها، والجزاء معتبر بالكل، هذا إذا حدث الحبل من غير المولى والزوج، أما إذا كان الحبل من أحدهما (لعل معنناه قبل الغصب وإلا فوطي المولى لا يكون إلا بالاستيلاد عليها وبالاستيلاد يثبت يد المولى فيبطل به الغصب، فليراجع حاشي كشف) لا يجب عليه الضمان لا فى النقصان، ولا فى الملاك، أما جبر النقصان بالولد؛ لأن سبب الزيادة والنقصان واحد، وهو الولادة؛ لأنها أوجبت فوات جزء من مالية الآمر، وحدوث مالية الولد؛ لأن الولد إنما صار مالا بالنقصان، وقبله لا يتعد به، والسبب الواحد لما أثر فى الزيادة والنقصان، كانت الزيادة خلفًا من النقصان، ومثله إذا شليه قوئمه شجر الإنسان، أو جز صوف شاة غيره، ثم نبت مكانها أخرى، أو خصى عبد غيره، فازدادت قيمته بسبب الخصاء. (الزيلعى والطحطاوى بتغيير)

(٥) قوله: "ولو زنى" أى ولو زنى الغاصب بأمة غصبها فحبلت فردها، أى الأمة حاملا، فولدت فماتت عند المالك بسبب الولادة فى نفاسها ضمن الغاصب قيمتها يوم علوقها؛ لأنه أخذها ولم يتعقلوا فيها سبب التلف، وردها، وفيها ذلك، فلم يصح الرد، فصر كما إذا جهات فى يد الغاصب، فنقصت بعد الرد، أو رفعت بها، فإنه يرد بقيمتها على الغاصب، وهو قول الإمام، وقالا: لا يضمن إلا نقصان الحمل. (الطحطاوى والمجمع)

(٦) قوله: "فماتت" يعنى ماتت بسبب الولادة، وكذا قال فى "البناية": قيّد بالموت فى نفاسها ليكون الموت فى أثر الولادة... اهـ، وقال قاضى خان: وماتت فى الولادة، أو فى النفاس، فإنه على قول الإمام إن كان ظهر الحبل عند المولى لأقل من ستة أشهر من وقت رد الغاصب ضمن قيمتها يوم

يوم غصبت. لأنها لا تضمن بالغصب. أى ولا يضمن أيضًا

قيمتها، ولا(١) يضمن الحرّة، ومنافع(٢) الغصب، وخمر

المسلم بإتلافها أى الخمر والخنزير

المسلم، أو خنزيره بالإتلاف، وضمن لو كانا لذمى، وإن

صيّرها خلا أى أخذ الخل والجلد المدبوغ

غصب من مسلم خمرًا فخلّل، أو جِلد ميتة فدبغ، فللمالك

أى أخذ الخل والجلد المدبوغ أى ورد المالك إلى الغاصب أى الخل والجلد المدبوغ

أخذهما(٣)، وردّ ما زاد بالدباغ، وإن(٤) أتلفهما ضمن الخل

الغصب. (الطحطاوى)

(١) قوله: "ولا [لعل معناه قبل الغصب، وإلا فوطء المولى لا يكون إلا بالاستيلاء عليها، وبالاستيلاء يثبت يد المولى، فيبطل به الغصب -فليراجع-. (حاشية الكشف)]" يعنى لو أخذها مكرمة فزنى بها فردها حاملا، فولدت وماتت لا يضمن الغاصب ديتها؛ لأن الحرة لا تكون مضمونة بالغصب ليبقى ضمان الغصب بعد فساد الرد، وعندهما لا يضمن فى الأمة أيضًا، أى كالحرة، بل يضمن نقصان الحبل، وهو قول الأئمة الثلاثة؛ لأن سبب التلف هو الولادة فى يد المالك لعدم صحة الرد من الغاصب؛ لأن العيب لا يمنع صحة الرد، ولكنها معيبة بالحبل، فيجب عليه نقصان العيب. (المجمع)

(٢) قوله: "ومنافع" أى لا تضمن منافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره، وهو معطوف على الحرة فى قوله: ولا تضمن الحرة، أما منافع المغصوب فالمذكور عندنا سواء كان استوفاها بالسكنى والركوب مثلا، أو عطلها، بأن أمسكها مدة، ولم يستعملها، ثم ردها، وحكم الشافعى بضمانها، وكذلك مالك أيضًا، وصوبه ابن الحاجب، وقال ابن القاسم: لا تضمن إن عطلها، وإن استغل، أو استعمل تضمن على المشهود عنه، وروى إلا فى العبد والدواب، ورده لا تضمن مطلقًا.

وحجتنا فى ذلك حديث عمر وعلى رضى الله عنهما فإنهما حكمًا فى ولد المغرور أنه حر بالقيمة، وأوجبا على المغرور ردّ الجارية مع عقرها، ولم يوجب قيمة الخدمة مع علمهما أن المغرور كان يستخدمها، ومع طلب المدعى بجميع حقه، فلو كان ذلك واجبًا لما جعل السكوت فى بيانه وبيان العقر منهما لا يكون بيانًا لقيمة الخدمة؛ لأن المستوفى بالوطء فى حكم جزء من العين، ولهذا يتقوم عند الشبهة، بخلاف المنفعة، والمعنى فيه أن المنفعة ليست بمال متقومة، فلا يضمن بالإتلاف كالخمر والميتة.

وأما خمر المسلم وخنزيره سواء كان المتلف مسلمًا أو ذميًا لا يضمنان؛ لأنهما ليسا بمتقومين فى حق المسلم، قيّد بالمسلم لأن خمر الذمى أو خنزيره يضمن، وهو قول مالك، سواء كان المتلف ذميًا أو مسلمًا، إلا أن المسلم لا يضمن الخمر بمثلها؛ لأنه لا يملك تمليكها بل بقيمتها، وقال الشافعى وأحمد: لا يضمن خمر الذمى ولا خنزيره، سواء كان المتلف مسلمًا أو ذميًا. (الزيلعى وشرح النقاية بتصرّف)

(٣) قوله: "أخذهما" أى يأخذ الخل بغير شىء، والجلد المدبوغ يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه، والمال بالأول إذا خلّلها بالنقل من الشمس إلى الظل، ومن الظل إلى الشمس، وبالثانى إذا دبغه بماله قيمة، كالعفص والقرظ -بالظاء- المثالة، ونحو ذلك، والفرق أن التخليل تطهير لهما بمنزلة غسل الثوب النجس، فتبقى على ملك المغصوب منه؛ لأن المالية لم تثبت بفعله، وبهذا الدباغ أفضل بالجلد

فقط، ومن كسر معزفًا، أو أراق سكرًا أو منصفًا ضمن[١]، وصح[٢] بيع هذه الأشياء، ومن غصب أم ولد أو مدبرة في يده فماتت، ضمن قيمة المدبرة لتقوم المدبرة لا أم ولد. خلافًا لهما، وله أنها لا تقوم لهما

مال متقوم، كالصبغ في الثوب، ولهذا يأخذ الخل بغير شيء، ويأخذ الجلد ويعطى ما زاد الدباغ فيه، فطريق معرفته أن ينظر إلى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ، وإلى قيمته مدبوغًا، فيضمن فضل ما بينهما، وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه، كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل. (الزيلعي)

(٤) قوله: "وإن" أي إن أتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردهما إلى صاحبهما ضمن الخل؛ لأنه لما بقي عن ملكه وهو مال متقوم ضمنه بالإتلاف، ويجب مثله لأنه من ذوات الأمثال.

وقوله فقط: أي لا يضمن الجلد المدبوغ، وقالا: ضمن الجلد المدبوغ، ويعطى ما زاد الدباغ (كان المعنى وتقع المقاصة بقدر ما زاد الدباغ، وفائدتها أنه إذا أبرأ أحدهما الآخر عن حقه لطالبه الآخر بحقه) وله أن تقوم الجلد حصل بصنعه لاستعماله مالا متقوّمًا فيه، وهو تابع لتقوم الصنع، وصنعه غير مضمون عليه، فكذا تابعه، بخلاف وجوب الرد حال قيامه؛ لأنه تبع ذلك، وكجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها.

(١) قوله: "ضمن" وهذا عند أبي حنيفة، وقالا: لا يضمن ولا يجوز بيعها، وهو قول مالك وأحمد، ثم قيل: الخلاف في الدف والطبل الذين يضربان اللهو، وأما طبل الغزاة والدف يباح ضربه للعرس، فإنهما يضمنان بالإتلاف، بلا خلاف، لهما أن هذه الأشياء معدة للمعصية، فيبطل تقومها، كالخمر، وأن إتلافها أمر شارع به لقوله ﷺ: «من رأى منكم منكرًا فيغيره بيده»، وإنكارها باليد إتلافها، وهو لو أتلفها بأمر أولى الأمر لا يضمن، فبأمر الشارع أولى.

وله أنها أموال لصلاحيتها لما يحل من وجوه الانتفاع كالتخليل، والخمر وإن كان تصلح لذلك لكن سقط تقومها بنصوص قطعية وقد فقدت فيما نحن فيه، وإن صلحت لما لا يحل أيضًا، فصارت كالأمة المغنية، لا بخلاف الخمر؛ لأنها حرام لعينها، وأما السكر ونحوه فحرمته عرفت بالاجتهاد، وبأخبار الآحاد، فتصرف عن حرمة الخمر، فجوزنا بيعه، وقلنا: بضمانه، وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار، فلا يوجب سقوط التقوم والتضمين وجواز البيع مرتبان على المالية والتقوم. (الكشف وشرح النقاية بتصرّف)

(٢) قوله: "وصح" وقالا: لا يضمن ويجوز بيعها؛ لأن هذه الأشياء أعدت للمعصية، فبطل تقومها، وبقولهما قالت الأيمة الثلاثة، وعليه الفتوى لفساد الزمان فيما بين الناس، حتى ذكر الصدر الشهيد أن البيت يهدم على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد، وأنه لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين، وبإراقة العصير قبل أن يشتد على من اعتاد الفسق. (المجمع)

كتاب[1] الشفعة[2]

هى تَمَلُّك البُقعة جبراً[3] (أى من حيث الجبر) على المشترى بما قام عليه (أى بالثمن الذى قام عليه)، وتجب[4] للخليط[5] (أى الشريك) فى[6] نفس المبيع، ثم للخليط فى حق

---

(١) قوله: "كتاب" مناسبة تملك مال الغير بغير رضاه، وكان القياس تقديمها على الغصب لشرعيتها، ولكن قدّم الغصب لكثرة الحاجة إلى معرفته؛ لأنه يقع كثيراً فى المعاملات، كالبياعات والإجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها، لا سيّما في هذا الزمان، فإنه زمان الظلم والحيف والتعدى، وما أحسن قول المتنبيء:

الظلم فى خلق النفوس فإن تجد ذا عفة فلعلة لا يظلم

قال الشريف الحموى: لما اقتضت مناسبات الكتب السابقة تقديم الغصب لم يحتج إلى هذا الاعتذار. (الدرّ والطحطاوى)

(٢) قوله: "الشفعة" الكلام فيها من وجوه: الأول: فى معناها لغة، والثانى: شرعًا، والثالث: فى بيان دليلها، والرابع: فى بيان سببها، والخامس: فى ركنها، والسادس فى شرطها، والسابع: فى حكمها وصفتها.

فهى لغةً: مأخوذة من الشفع الذى هو ضد الوتر، وشرعًا: ما يذكر المؤلف، ودليلها: ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة فى كل شركة لم تقسم ربعه أو حائطه، وقال عليه الصلاة والسلام: «الجار أحق بشفعة جاره»، وسببها: دفع الضرر الذى ينشأ من سوء المجاورة على الدوام من حيث إيقاع والنار وإعلاء الجدار، وإثارة الغبار.

وركنها: هو الآخذ من المشترى، أو من البائع، وشرطها: كون الحمل عقاراً علوّا كان أو سفلا مملوكًا ببدل هو مالى، فأما حكمها: فهو جواز طلب الشفعة عند تحقق سببها، وصفتها أن الأخذ بها بمنزلة شراء مبتدأ، حتى يثبت ما يثبت بالشراء، نحو الرد بخيار الرؤية والشرط. (التكملة)

(٣) قال العلاء المقدسى: فإن دفعها للمشترى، أى برضاه لم تسم شفعة مع أن الضم موجود فيها، وقال: الظاهر أن الجبر بناء على الغالب، قوله: على المشترى ينبغى تركه، قال فى "الإيضاح": الإصلاح، ولم يقل: على مشتريه لابها قد تكون عن البائع إذا أقر البائع، وأنكر المشترى. (الطحطاوى)

(٤) قوله: "وتجب [المراد من الوجوب الثبوت]" قال عليه الصلاة والسلام: «الشفعة لشريك لم يقاسم»، أخرجه مسلم عن جابر رضى الله عنه، وقال عليه الصلاة والسلام: «جار الدار أحق بالدار» «والأرض ينتظر له وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحد»، مركب من حديثين، فصدر الحديث رواه أبو داود مرفوعًا بلفظ «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض وأخره»، أخرجه أصحاب سنن الأربعة بلفظ

بكسر المعجمة وهو النصيب فى الماء   كل واحد من الشرب والطريق

المبيع، كالشِرب والطريق إن كان(١) خاصا، ثم للجار(٢)

«أحق بشفعة ينتظر بها وإن . . . » إلخ .

وقال عليه الصلاة والسلام : «الجار أحق بشفعة قيل يا رسول الله ما الشفعة قال شفعته»، ويروى : «الجار أحق بشفعته »، رواه البخارى، وحمل الجار على الجار الشريك يرده ما أخرجه النسائى وابن ماجه أن رجلا قال : يا رسول الله : أرضى ليس لأحد فيها شرك ولا قسم إلى الجوار، فقال عليه الصلاة والسلام : «الجار أحق بشفعته ما كان» . (الكشف وحاشيته)

(٥) قوله : "للخليط" إنما وجبت مرتبة على الترتيب الذى ذكر ههنا؛ لأنها وجبت لدفع الضرر الدائم الذى يلحقه، وكل ما كان أكثر اتصالا كان أخص ضرراً وأشد، فكان أحق بها لقوة الموجب لها، فليس للأضعف أن يأخذه مع وجود الأقوى، إلا إذ ترك فله أن يأخذ إن أشهد . (التكملة)

(٦) وهو الشريك الذى لم يقاسم، ولو كان ذميّا لمساواة المسلم فى سببها، وهو أمر دنيوى، وهما فيه سواء .

(١) قوله : "إن" يعنى الشرب والطريق وإن لم يكن خاصّا لا يستحق به الشفعة، والطريق الخاص أن يكون غير نافذ، وإن كان نافذًا، فليس بخاص، والشرب الخاص عند الإمام محمد أن يكون نهرًا صغيرًا لا تمر فيه السفن، فإن كانت تمر فيه السفن، فليس بخاص، فإذا بيعت أرض من الأراضى التى تسقى مضلا، يستحق أهل النهر الشفعة، والجار أحق منهم، بخلاف النهر الصغير . (التكملة بحذف)

(٢) قوله : "للجار" وقال مالك والشافعى وأحمد : لا شفعة للجار، لما روى البخارى عن أبى سلمة عن جابر بن عبد الله قال : "فقضى رسول الله ﷺ بالشفعة فى كل ما لم يقسم فإذا وقعت الحدود، وصرفت الطرق فلا شفعة"، وفى رواية : "الشفعة فيما لم يقسم . . . " إلخ، وفى لفظ له : "إنما جعل النبى ﷺ الشفعة فى كل ما لم يقسم، فإذا وقعت الحدود" الحديث .

ولأن الشفعة تثبت على خلاف القياس، لما فيها من تملك مال الغير بغير رضاء، فيقتصر على مورد النص، وهو ما لم يقسم .

ولنا ما فى البخارى عن أبى رافع أنه سمع النبى ﷺ يقول : «الجار أحق بشفعته»، وما روى أبو داود فى البيوع، والترمذى فى الأحكام، وقال : حسن صحيح، والنسائى فى الشروط عن قتاده عن الحسن بن سمرة أن النبى ﷺ قال : «جار الدار أحق بدار الجار أو الأرض»، ورواه حمد فى "مسنده"، والطبرانى فى "جامعه"، وابن أبى شيبة فى "مصنفه"، وفى بعض ألفاظهم : «الجار أحق بشفعة الدار»، وفى رواية لأبى داود فى "سننه" عن جابر قال : قال رسول الله ﷺ : «الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وإن كان غائبًا إذا كان طريقهما واحدًا» .

وأجيب عن حديث جابر بأن تخصيص ما لم يقسم بالذكر الأول لا يدل على نفى الحكم عما عداه، وقوله : إذا وقعت الحدود وصرفت الطريق فلا شفعة من كلام الراوى، فلا يكون حجة فى عدم استحقاق الشفعة للجار مع ما روينا من مرفوع الأخبار، ولم سلم أنه من كلام النبى ﷺ، فمعناه لا

كائنة ... مبتدأ

الملاصق[١]، وواضع الجذوع على الحائط والشريك فى خشبة

الشفعة ... ولا يكون شريكًا ... دون مقادير الأملاك

على الحائط جار[٢] على[٣] عدد الرؤوس بالبيع وتستقر

فى مجلسه ... أى يأخذ الدار المشفوعة ... من غير أخذ

بالإشهاد[٤]، وتَمْلك[٥] بالأخذ بالتراضى، أو بقضاء القاضى.

شفعة بسبب القسمة دفعًا لتوهم أن القسمة تثبت بها الشفعة، كالمبيع لما فيها من معنى التمليك من كل واحد من الشريكين للآخر. (شرح النقاية)

(١) هو الذى ظهر بيته إلى ظهر بيت هذا، وبابه فى سكة أخرى، تجب الشفعة بعد ذلك.

(٢) قوله: "جار" لأن الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار، لا فى المنقول والخشبة منقولة، وبوضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا فى الدار، وكذا بالشركة فى الجذوع لا يكون شريكا فيها، لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر، فيستحق الشفعة على أنه جار ملاصق، ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران، وكذا إذا كان بعض الجيران شريكًا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران؛ لأن الشركة فى البناء المجرد بدون الأرض لا يستحق بها الشفعة. (الزيلعى)

(٣) قوله: "على" يعنى تجب الشفعة بالبيع، وقسم على عدد الرؤوس إذا كان كثيرين، والبناء فى قوله: بالبيع تتعلق بتجب فى قوله: تجب للخليط، معناه: تجب الشفعة بعقد البيع، أى بعده؛ لأنه سبب له بقدر رؤوس الشفعة عندنا، لا بقدر الملك، كما قال مالك والشافعى فى الجديد، وأحمد فى رواية.

فلو كانت دار بين ثلاثة لأحدهم نصفها للآخر ثلثها، وللآخر سدسها، فباع صاحب النصف نصيبه، وطلب الشريكان الشفعة، فإن القاضى يقضى بها نصفين عندنا، لكل واحد نصف، وثلاثًا عندهم لصاحب الثلاث، ولصاحب السدس ثلث؛ لأن الشفعة من حقوق الملك لكونها لتكميل المنفعة، فيقدر بقدره، كالربح والقلة والولد والثمرة.

ولنا أن التساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى الاستحقاق، والشركاء متساوون فى سبب الشفعة، ولهذا لو انفرد واحد منهم أخذ الكل؛ ولأن أقل نصيبه، فيستوون فى الاستحقاق، كما لو استوت الأنصباء والربح، ونحوه متولّدات من الملك، فيستحق بقدره. (التكملة وشرح النقاية)

(٤) قوله: "بالإشهاد [وهو أن يطلب كما سمع]" أى إشهاد الشفيع بعد طلب المواثبة، وهو أن يطلب كما سمع، وهو طلب التقرير لأنها حق ضعيف، أن مال بالإعراض لحديث الشفعة لمن واثبها الشفعة مكمل العقال، فلا بد من إثبات طلبه عند القاضى، ولا يمكنه إلا بالإشهاد، أى الإشهاد على المشترى مطلقًا، أو على البائع العقار فى يده. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "وتملك" أى تملك الدار المشفوعة بأحد الأمرين، إما بالأخذ إذا سمها اشترى برضاء، أو بحكم الحاكم من غير أخذ؛ لأن ملك المشترى قد تم بالشراء، فلا يخرج عنه إلى الشفيع إلا برضاء، أو بحكم الحاكم؛ لأن للحاكم ولاية عامة، فيقدر على ذلك فى ضمن الحكم بالحق، وولاية

باب[1] طلب الشفعة والخصومة فيها

أى ببيع الدار المشفوعة أى مجلس علمه

فإن علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه على الطلب، ثم على البائع لو[2] فى يده[3]، أو على المشترى، أو عند العقار،

على نفسه فوق ولاية القاضى عليه، فكان أدنى بذلك.

ونظيره الهبة لما تمّ ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه إلا بأحد الأمرين المذكورين، إلا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضى أحوط حتى كان للشفيع أن يمتنع من الأخذ إذا أسلم المشترى له بغير قضاء؛ لأن فى القضاء زيادة فائدة، وهى صيرورة الحادثة معلومة للقاضى، وتبين سبب ملكه له، فإذا كانت المشفوعة تملك لأحد الأمرين تقبل وجود أحدهما لا يثبت له فيها شيء من أحكام الملك حتى لا تورث عنه إذا مات فى هذه الحالة، وتبطل شفعته إذا باع داره التى يشفع بها، ولو بيعت دار بجنسها فى هذه الحالة، لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها. (الزيلعى)

(١) لمّا كان ثبوت الشفعة متوقّفًا على الطلب، شرع فى بيانه وكيفيته وتقسيمه.

(٢) قوله: "لو" أى إذا كان المبيع فى يده، أو على المشترى، أو عند العقار، فهذان طلبان: فالأول: طلب المواثبة، والثانى: طلب التقرير، وفيه طلب ثالث، وطلب الأخذ والتملك، ولا بد من هذه الثلاثة.

أما الأول: وهو طلب المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى، والشرط إن كما علم على الفور من غير تأخير، ولا سكوت؛ لأن سكوته بعد العلم يدل علىّ رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرة، فتبطل شفعته به.

ولو أخبر بكتاب، والشفعة فى أوله، أو وسطه، فقرأ الكتاب إلى آخره، وبطلت شفعته إذا كان ذلك بعد علم المشترى والثمن، لأن السكوت إنما يكون دليل الرضاء بعد العلم بهما، فالبكر لا يكون سكوتها رضا، لا إذا كان بعد العلم بالزوج، ثم إذا أخبر بحضرة الشهود ويشهدهم عليه، وإن لم يكن بحضرة أحد يطلب من غير إشهاد؛ لأن هذا الطلب صحيح من غير إشهاد، والإشهاد لمخافة الجحود، والطلب لا بد منه كيلا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى، وليمكنه الحلف إذا حلف، ولئلا يكون معرضًا عنها وراضيًا بجوار الدخيل.

ويشترط أن يكون متصلا بعلم عند عامة المشايخ، وهو مروى عن محمد، ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة فى الحال، ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره به رجلان غير عدلين، أو واحد عدل عند أبى حنيفة رحمه الله، أو رجل وامرأتان؛ لأن فيه إلزامًا من وجه دون وجه، فيشترط فيها أحد شطرى الشهادة، أما أو المعدود.

وعندهما يجب عليه الإشهاد، وإذ أخبره واحد حرّا كان أو عبدًا، صغيرًا كان أو كبيرًا، إذا كان الخبر حقّا، وإذا لم يشهد بطلت حقه.

الشفيع الشفعة وهو المشترى
ثم[١] لا تسقط بالتأخير، فإن[٢] طلب عند القاضى سأل المدعى

وأما الثاني : وهو طلب التقرير فلا بد من الإشهاد فيه ؛ لأنه يحتاج إليه لإثباته عند القاضى، ولا يمكنه الإشهاد على طلب المواثبة فظاهر ؛ لأنه على الفور، فيحتاج بعد ذلك إلى الإشهاد، فلتقرير حتى لو أمكنه ذلك، وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود، والمشترى أو البائع حاضراً كان عند العقار يكفيه، ويقوم ذلك مقام الطلبين.

وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذى سمع فيه، ويشهد على البائع إن كان المبيع فى يده، أو على المشترى أو عند العقار، فإذا فعل ذلك استقرت شفعة، وإنما صح الأشياء عند هؤلاء الثلاثة لأن المشترى والبائع خصم فيه بالملك، أو باليد، وأما عند العقار فلتعلق الحق به، ولا يكون البائع خصماً بعد تسليم المبيع إلى المشترى لعدم الملك إليه.

ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الإشهاد، ومع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب شفعة.

وصورة الإشهاد أن يقول : إن فلاناً اشترى هذه الدار وأنا شفيعها، وقد كنت طلبت الشفعة، وأطلبها الآن فاشهدوا، وصورة الإشهاد على العاقدين : اشترى هذا من فلان داراً حدودها كذا، وأنا شفيعها . . . إلخ، أو باع هذا من فلان داراً . . . إلخ . (الزيلعي)

(٣) قوله : "فى يده" أى لم يسلم إلى المشترى، وإنما حضرناه به احترازاً عما إذا وصل إلى يد البائع بوجه من الوجوه بعد التسليم إلى المشترى -فيراجع-. (عز)

(١) قوله : "ثم" أى لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب، وهو طلب الأخذ بعد ما استقرت شفعة الإشهاد، وقال محمد وزفر : يبطل بتأخيره شهراً لتضرر المشترى لامتناعه عن التصرف حذار نقضه، فقدرناه بشهر ؛ لأنه آجل وما دونه عاجل، كما مر فى الإيمان، وعن أبى يوسف : يبطل بترك الخصومة فى مجلس من مجالس القاضى.

ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى وعليه الفتوى أن الحق متى استقر لا يسقط إلا بإسقاط بالتصريح باللسان، كما فى سائر الحقوق، وما ذكر من الضرر يشكل بما إذا كان غائبًا -أى الشفيع فإنه لا يبطل فى الإشهاد، وإن طال غيبته، أو تأخر الطلب مع أن فيه ضرر المشترى- ولا فرق فى حق المشترى بلزوم الضرر فى الحضر والسفر -أى حضور الشفيع وسفره- . (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله : "فإن" أى إذا تقدم االشفيع، وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضى، سأل القاضى المدعى عليه، وهو المشترى عن الدار اتى يشفع بها الشفيع، هل هى ملك الشفيع أم لا؟ فإن أقر بأنها ملكه، أو أنكر، ونكل عن اليمين، أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه، سأل االقاضى عن الشراء، فيقول له : هل اشتريت أم لا، فإن أقر بأنه اشترى أو نكل عن اليمين، أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده، وهذا هو طلب الأخذ الموعود به.

فذكر هنا سؤال القاضى المدعى عليه عن ملك الشفيع أولا عقيب طلب الشفيع، وليس كذلك، بل القاضى يسأل المدعى أولا قبل أن يقبل على المدعى عليه عن موضع الدار من مصره، ومحله وحدودها ؛ لأنه ادعى فيها، فلا بد من أن تكون معلومة ؛ لأن دعوى المجهول لا تصح، فصار كما إذا ادعى ملك

على أنها ملكه — أى بملك الشفيع قبيل إضافة المصدر إلى مفعوله.

عليه، فإن أقر بملك ما يشفع به، أو نكل، أو برهن الشفيع سأله

أى بالشفعة — عن اليمين بعد ما أنكر على الشراء

عن الشراء، فإن أقرّ به، أو نكل، أو برهن الشفيع قضى بها،

يلزمه إحضاره

ولا يلزم(١) الشفيع إحضار الثمن وقت الدعوى، بل بعد

بالشفعة — الشفيع — أى لو كان المبيع فى يده. — ولكن لا يسمع القاضى...إلخ

القضاء، وخاصم(٢) البائع لو فى يـــده، ولا يسمع البينة، حتى

رقبتها، فإذا بيّن ذلك سأله، هل قبض المشترى الدار أم لا؟ لأنه إذ لم يقبضها لا تصح دعواه على المشترى حتى يحضر البائع، فإذا بيّن ذلك سأله عن سبب شفعة وحدود ما يشفع بها؛ لأن الناس يختلفون فيه، فلعله ادّعاه بسبب غير صالح، أو يكون هو محجوبًا بغيره، فإذا بيّن سببًا صالحًا، ولم يكن محجوبًا بغيره سأله أنه متى علم، وكيف صنع حين علم؛ لأنها تبطل بطول الزمان وبالإعراض، وبما يدل عليه، فلا بد من كشف ذلك.

فإذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان، وعند من أشهد، وهل كان الذى أشهد عنده أقرب من غيره أم لا، فإذا بين ذلك كله، ولم يخل بشىء من شروطه تم دعواه، وأقبل على المدعى عليه، فسأله عن الدار التى يشفع بها، هل هى ملك الشفيع أم لا؟ وإن كانت هى فى يد الشفيع وهى تدل على الملك ظاهرًا؛ لأن الظاهر لا يصلح الاستحقاق، فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة، فيسأله عنه، فإن أنكر أن يكون ملكًا له، يقول للمدعى: أتمّ البينة أنها ملكك، فإن عجز عن البينة، وطلب يمينه استحلف المشترى بالله ما يعلم أنه مالك للذى ذكره مما يشفع به؛ لأنه ادعى عليه حقًا لو أقر به لزمه، ثم هو فى يد غيره، فيحلف على نفى العلم، وهذا عند أبى يوسف رحمه الله.

وعند محمد رحمه الله يحلف على النبات، فإن نكل، أو قامت للشفيع بينة، أو أقر المشترى بذلك ثبت ملك الشفيع من الدار التى يشفع بها، وثبت السبب، وبعد ذلك يسأل القاضى المدعى عليه، فيقول له: هل اشتريت أم لا، فإن أنكر الشراء، قال للشفيع: أقم البينة أنه اشترى؛ لأن الشفعة لا تجب إلا بالشراء، فلا بد من إثباته بالحجة، فإن عجز عن إقامة البينة وطلب يمين المشترى استحلف بالله ما اشترى، أو بالله ما يستحق عليه فى هذه الدار شفعة من الوجه الذى ذكره. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولا يلزم" هل يجوز له المنازعة، وإن لم يحضر الثمن إلى مجلس القاضى، فإذا قضى القاضى له بالشفعة، لزم إحضار الثمن؛ لأن الثمن قبل القضاء غير واجب عليه، ولا يطالب بأداءه، والإحضار التسليم، ولا يجب التسليم قبل الوجوب، فلا معنى لإحضاره قبل القضاء، ثم إذا قضى القاضى له بالشفعة قبل إحضار الثمن، فللمشترى أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن إليه؛ لأنهما نزلا منزلة البائع والمشترى. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وخاصم" أى للشفيع أن يخاصم البائع إذا كان المبيع فى يد؛ لأن له يدًا لحقه أصالة، فكان خصمًا كالمالك بخلاف المودع والمستعير، ونحوهما لأيدهم ليست بأصالة، فلا يكون خصمًا. (الزيلعى)

(القاضي) (أي حضور المشترى)
يحضر المشترى[١]، فيفسخ البيع بمشهده، والعهدة[٢] على البائع، والوكيل بالشراء خصم[٣] للشفيع ما لم يسلم (البيع) إلى الموكل، (فإن سلّم إليه، فالموكل هو الخصم.) وللشفيع[٤] خيار الرؤية والعيب، (بالإجماع.) وإن (وصلية) شرط المشترى البراءة منه. (أي من كل واحد)

وإن[٥] اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن، (أي فى مقدار) فالقول

---

(١) لأن الملك للمشرى، واليد للبائع، والقاضي يقضى بهما، فلا بد من حضورهما لئلا يلزم القضاء على الغائب.

(٢) قول: "والعهدة" أي ضمان الثمن عند ما استحقها مستحق على البائع؛ لأنه كالمشترى منه؛ لأنه أخذها من يد، بخلاف ما إذا قبضها المشترى، فأخذها من يده حيث تكون العهدة عليه؛ لأنه تم ملكه بالقبض، فكأنه اشتراها من المشترى. (عز)

(٣) قوله: "خصم" لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد، ولهذا لو كان البائع، وكيلا كان للشفع أن يخاصم، ويأخذها منه بحضرة المشترى. (الكشف والمجمع)

(٤) قوله: "وللشفيع" لأن الأخذ بالشفعة شراء من المشترى إن كان الأخذ بعد القبض، وإن كان قبله، وشراء من البائع لتحول الصفقة إليه، فيثبت له الخيار أن فيه كما إذا اشتراه منهما باختيارهما، ولا يسقط خياره برؤيته المشترى، ولا يشترط البراءة منه؛ لأن المشترى ليس بنائب عن الشفيع، فلا يعمل شرطه ورديئته فى حقه. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وإن" أي إذا وقع الاختلاف بين الشفيع والمشترى فى قدر ثمن الدار المشفوعة، فقال الشفيع: اشتريتها أنت بألف، وقال المشترى: اشريتها أنا بألف ومائة، فالقول للمشترى مع اليمين؛ لأن الشفيع يدعى عليه حق الأخذ عند نقد الأقل، والمشترى ينكره، فالقول للمنكر، ولا يتحالفان أطلق المصنف، وفيه التفصيل.

قال فى "الهداية": الاختلاف الواقع بين الشفيع والمشترى إما أن يرجع إلى الثمن، فلا يخلو إما أن يقع الاختلاف فى جنس الثمن، وإما أن يقع فى قدره، وإما أن يقع فى صفته وقع فى الجنس، بأن قال المشترى: اشتريته بمائة دينار، وقال الشفيع: بألف درهم، فالقول قول المشترى، ولا يتحالفان.

ولو أقاما البينة، فالبينة بينة الشفيع عند الإمام ومحمد، وبينة المشترى عند الثانى، وإذا ادعى المشترى ثمنًا، وادعى البائع أقل منه، ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع، وكان ذلك حطًا عن المشترى.

ولو ادعى البائع أكثر يتحالفان ويترادّان، وأيهما ظهر أن الثمن ما يقول الآخر، فيأخذ الشفيع

بيمينه لأنه سنة ملزمة
للمشترى، وإن برهنا فللشفيع(١)، وإن ادعى المشترى ثمنًا،
حالية أى الدار المشفوعة
وادعى بائعه أقل منه، ولم يقبض الثمن أخذها(٢) الشفيع بما قال
من الثمن. البائع الثمن فى المسألة المذكورة. إذا أثبت ذلك بالبينة أو بيمينه أى بعد الثمن
البائع، وإن قبض أخذها بما قال المشترى، وحطّ(٣) البعض يظهر

بذلك، وإن حلفا يفسخ القاضى البيع بينهما، ويأخذها الشفيع بقول البائع، وإن كان قبض الثمن أخذها بما قال المشترى إنشاء، ولم يلتفت إلى قول البائع، وإن اختلفا فى صفة الثمن، بأن قال المشترى: اشتريت بثمن معجل، وقال الشفيع: لا، بل اشتريته بثمن مؤجل، فالقول قول المشترى.

وأما إذا كان الاختلاف فى المبيع، كما إذا اشترى دارًا، فقال المشترى: اشتريت العرصة على حدة بألف، وقال الشفيع: بل اشتريتها جميعًا بألفين، فالقول قول الشفيع، وأيهما أقام البينة، قبلت فإن أقاما جميعًا، ولم يوقت وقتًا، فالبينة للمشترى عند الثانى، وبينة الشفيع عند محمد... اهـ (عز)

(١) قوله: "فللشفيع" أى لو أقام كل منهما البينة على دعواه، فللشفيع أى بينة الشفيع أحق بالتقديم عند الطرفين، لكونه مدعيًا، ولأنه يمكن صدق البينتين بجريان العقد المرتين، فيجعلان موجودين، فالشفيع يأخذ بأيهما شاء، وعند أبى يوسف للمشترى أى بينة المشترى أحق؛ لأنها تثبت الزيادة، وهو قول الشافعى وأحمد. (المجمع)

(٢) قوله: "أخذها" لأن الأمر إن كان كما قال البائع، فقد وجبت الشفعة به، أو كما قال المشترى، فقد حط البائع، وهذا الحط أى حط البعض، فإنه مؤدى دعوى البائع، فاحترز به عن حط الكل، فإنه لا يظهر فى حق الشفيع. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "وحط" أى حط بعض الثمن يظهر فى الشفيع حق يأخذه بما بقى، ولا يظهر حط الكل فى حقه، ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى يلزمه الزيادة، ولا يسقط عنه شىء من الثمن، فيأخذه بجميع المسمّى عند العقد؛ لأن الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقى هو الثمن، كأنه لم يسم غير ذلك، ولا فرق ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه لا لشفعة أو بعده لوجود الالتحاق فى الصورتين، فيرجع الشفيع على المشترى بالزيادة إن كان أوفاه الثمن.

ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة، كان له أن يأخذها بالباقى؛ لأنه تبين له أن الثمن أقل، فلا يصح تسليم، بخلاف حط الكل حيث لا يتحقق بأصل العقد؛ لأنه لو التحق لكان هبةً، أو بيعًا بلا ثمن، وهو فاسد، فلا شفعة فيهما.

وكذلك الزيادة تلتحق بأصل العقد، وإنما لا تظهر فى حق الشفيع؛ لأنه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة، فلا يملك إبطال حقه الثابت له، فلا يتغير العقد فى حقه، كما لا يتغير بتجديدهما العقد، لما يلحقه بذلك من الضرر، ويلتحق به فى نفسه؛ لأن له ولاية على نفسه دون الشفيع، بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة فى حقه أيضًا، حتى جاز بناءهما عليه؛ لأنه ليس فيه إبطال حق أحد؛ لأن المشترى لا يستحق عليه أحد بيع المرابحة، فيلتحق فى حقهما بأصل العقد. (الزيلعى)

أى لا يظهر ... أى كل الثمن
فى حق الشفيع، لا حطّ الكل والزيادة[١].

وإن اشترى داراً بعرض أو بعقار، أخذها[٢] الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليّا[٣]، وبحال[٤] لو مؤجلا[٥]، أو يصبر حتى يمضى الأجل، فيأخذها، وبمثل[٦] الخمر وقيمة

أى ويأخذها الشفيع بحال — الشفيع عن الأخذ — المضروب بين البائع والمشترى — أى وأخذها

(١) أى ولا يظهر أيضًا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع.

(٢) قوله: "خذها" لأن الشفعة يتملكها بمثل ما يملكها المشترى به، ثم المثل لا يخلو إما أن يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددى المتقارب، أو معنى لا صورة، وهو ما عدا ذلك، فيعتبر ذلك المثل، كما فى زمان العدوان، فيأخذ به؛ لأنه بدل لهما، ولهذا لو اشترى عقاراً بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر. (التكملة)

(٣) أى بمثل ذلك العرض أى لو كان من ذوات الأمثال.

(٤) قوله: "وبحال" أى يأخذها من المشترى بثمن حال إذا كان الثمن مؤجلا، أو يصبر حتى يمضى الأجل، فيأخذها عند ذلك، وليس له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل، وقال زفر والشافعى رحمهما الله فى القديم: له أن يأخذها فى الحال بثمن مؤجل.

ولنا أن الأجل إنما يثبت بالشرط، ولا شرط بين البائع والشفيع، ولا بين الشفيع والمشترى، وليس الرضا به فى حق المشترى رضا به فى حق الشفيع لتفاوت الناس فى الملاءة. (الزيلعى والكشف).

(٥) أى لو كان الثمن أجلا بأن كان المشترى اشتراها إلى أجل.

(٦) قوله: "وبمثل" أى لو اشترى ذمى من ذمى عقاراً بخمر، أو خنزير، فإن كان شفيعه ذميّا أخذه بمثل الخمر، وقيمة الخنزير، لأن هذا البيع يقضى بصحة فيما بينهم، فإذا صح ترتب عليه أحكام البيع، ومن الأحكام وجوب الشفعة به، فيستحقه، ذميّا كان الشفيع أو مسلمًا، غير أن الذمى لا يتعذر عليه تسليم الخمر، فيأخذه بها؛ لأنها من ذوات الأمثال، والسلم لا يقدر على ذلك؛ لكونه ممنوعًا من تمليكهما وتمكهما، فيجب عليه قيمتها، كما فى ضمان العدوان، والخنزير من ذوات القيم، فيجب عليهما قيمته.

ولا يقال: قيمة الخنزير تقوم مقام عينه، فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه، بخلاف قيمة الخمر على ما عرف فى موضعه؛ لأنا نقول: إنما يحرم عليه تمليكها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير، وأما إذا كانت بدلا عن غيره، فلا يحرم، وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير، وإنما الخنزير يقدر بقيمة بدل الدار، فلا يحرم عليه تمليكهما، بل يملكهما بأن أسلم المشترى قبل أخذ الشفيع الدار بالشفعة، فإن الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير.

ولو كان شفيعها مسلمًا وذميّا أخذ كل واحد منهما بالنصف بما ذكر من قيمة الخمر أو مثلها اعتباراً

وكان الثمن خمراً أو خنزيراً. وكذا المشترى أى وأخذها أى لو كان الشفيع مسلمًا

الخنزير إن كان الشفيع ذميا، وبقيمتهما[١] لو مسلما،

أى وأخذها على الأرض المشفوعة فيها

وبالثمن[٢] وقيمة البناء والغرس لو بنى المشترى، أو غرس،

الشفيع أى قلع البناء والغرس أى البناء والغرس

أو كلف المشترى قلعهما، وإن[٣] فعلهما[٤] الشفيع

الأرض بعد ذلك الشفيع على المشترى أى لا بقيمة البناء والغرس. وأخذها الشفيع

فاستحقت رجع بالثمن فقط، وبكل[٥] الثمن إن خربت

للبعض بالكل. (الزيلعى)

(١) وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع إلى ذمى أسلم، أو فاسق تاب، ولو اختلف فيه، فالقول للمشترى. (الطائى)

(٢) قوله: "بالثمن" أى إذا بنى المشترى أو غرس فى الأرض المشفوعة، ثم قضى للشفيع بالشفعة، فالشفيع بالخيار إن شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعًا، وإن شاء كلف المشترى قلعهما، فيأخذ الأرض فارغةً وعن أبى يوسف رحمه الله لا يكلفه بالقلع، بل يكون بالخيار بين أن يأخذها بالثمن وبقيمة البناء والغرس وبين أن يترك؛ لأن المشترى محق فى البناء، وليس بتعد إذ بنى فى ملكه المشترى، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان، وبه قال الشافعى.

ولنا أنه بنى فى محل ظهره تعلق حق متأكد للغير هو الشفيع من غير تسليط، فيأمر الشفيع بالنقض، كالغاصب إذا بنى؛ لأن حق الشفيع أقوى من حق المشترى لتقدم حق الشفيع عليه، ولذا ينقض الشفيع بيع المشترى وهبته، وجعله مسجداً ومقبرة، وجعل تصرفه كالتصرف فى ملك الشفيع فى حق النقض، وله أن ينقض المسجد، وينبش الموتى. (الزيلعى والمجمع)

(٣) قوله: "وإن" معناه أن الشفيع لو أخذ الأرض بالشفعة، فبنى فيها أو غرس، ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع، فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشترى بالثمن؛ لأنه تبين أن المشترى أخذ الثمن من الشفيع بغير حق؛ لأن الأرض لم تكن فى ملكه، فيسترد منه الثمن، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس، لا على البائع إن كان أخذها منه، ولا على المشترى إن أخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع، وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يرجع به؛ لأنه متملك عليه، فكان كالمشترى.

ووجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشترى أن المشترى مغرور من جهة البائع، ومسلط عليه من جهته، ولا غرور ولا تسليط للشفيع أخذها منه جبراً. (الزيلعى)

(٤) هى مسألة الغرور المستثناة من كون الشفعة كالبيع. (ط)

(٥) قوله: "وبكل" يعنى لو اشترى أرضًا فيها بناء أو غرس، فانهدم البناء من غير صنع أحد، يأخذها الشفيع بكل الثمن، ولا يسقط من الثمن شيء؛ لأنها تابعان للأرض يدخلان فى بيعها من غير ذكر، فلا يقابلهما شيء من الثمن، ولهذا يد بيعها فى هذه الحالة من غير بيان، بخلاف ما إذا أتلف بعض الأرض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته؛ لأن الفائت بعض الأصل أخذ إذا انهدم البناء، ولم

بعد شراء المشترى من غير صنع أحد — من الثمن — بلا فعل — أى وأخذها

الدار، أو جف الشجر، وبحصته[١] العرصة إن نقض

أى وأخذها الشفيع — أى إن اشترى المشترى

المشترى البناء، و النقض[٢] له، وبثمرها[٣] إن ابتاع أرضا

بأن شرط فى البيع

ونخلا وثمرا، أو أثمر[٤] فى يده، وإن جذه[٥] المشترى سقط[٦]

يبقَ له نقض ولا من الشجر شيء من حطب أو خشب، وأما إذ بقى شيء من ذلك، وأخذه المشترى، فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصته ذلك؛ لأنه عين مال قائم بقى محتبسًا عند المشترى فيكون حصته من الثمن، فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد، وعلى قيمة النقض يوم الأخذ. (التكملة)

(١) قوله: "وبحصته" أى يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن إن نقض المشترى البناء؛ لأنه صار مقصودًا بالإتلاف والتبع إذا صار مقصودًا به يقابله شيء من الثمن، بخلاف الأول؛ لأن الهلاك فيه بآفة سماوية، فإذا كان حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الأرض والبناء يوم العقد عليها، بخلاف المسألة الأولى، وهو ما إذا انهدم بنفسه، وكان النقض باقيًا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الأخذ بالشفعة؛ لأنه صار له قيمة بالحبس، ونقض الأجنبى البناء كنقض المشترى. (الزيلعى)

(٢) قوله: "والنقض [بكسر النون بمعنى المنقوض، وجاء النقض بفتحتين -العينى- أى البناء المنقوض للمشترى لا للشفيع؛ لأن صار مفصولا فلم يبقَ تبعًا]" أى النقض للمشترى؛ لأن الشفيع إنما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة، وقد زالت بالانفصال. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وبثمرها" أى يأخذ الشفيع مع ثمرها إن كان المشترى اشترى الأرض مع ثمرها، بأن شرطه فى البيع، أو أثمر عند المشترى الشراء؛ لأن الثمر لا يدخل فى البيع إلا بالشرط؛ لأنه ليس بتبع، بخلاف النقل، والقياس أن لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية، كالمتاع الموضوع فيها، ووجه الاستحسان أنه بالاتصال خلفه صار تبعًا من وجه. (الزيلعى)

(٤) أى أو اشترى أرضًا، ثم أثمر النخل فى يد المشترى بعد الشراء. (العينى)

(٥) بالذال المعجمة المشدّدة، أى وإن قطع المشترى الثمر فيما إذا اشتراها بالثمر بالشرط.

(٦) قوله: "سقط" هنا فصلان: الأول: ما إذا اشتراها بثمرها بالشرط، فكان له، فيسقط من الثمن بحصته، وإن هلك بآفة سماوية فكذلك، والمذكور فى "المختصر" جواب هذا الفصل؛ لأنه دخل فى البيع مقصودًا، فيقابله شيء من الثمن.

والثانى: هو ما إذا أثمر عند المشترى، وحكمه أن يأخذ ما سوى الثمر بجميع الثمن؛ لأن الثمر لم يكن موجودًا عند العقد، فلا يكون بيعًا، فلا يقابله شيء من الثمن، ويأخذه المشترى فى الفصلين -أى إذا أثمر فى يده أو كان مثمرًا حين العقد- لا الشفيع؛ لأنه صار مفصولا، فلم يبقَ تبعًا، لكن سقط حصته من الثمن -فى الفصل الأول- لأنه صار مقصودًا بالإتلاف (عز)

حصته من الثمن.

ذكر تفصيل بعد ذكر الوجوب مجملا ؛ لأن التفصيل بعد الإجمال

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

على صيغة المجهول صفة عقار أى لا تجب الشفعة

إنما[1] تجب الشفعة فى عقار ملك بعوض هو مال، لا[2]

أو سفينة أى لا تجب فى بناء صفة بناء ونخل أى لا تجب أيضًا فى دار

فى عرض، وفلك وبناء[3] ونخل بيعا بلا عرصة، ودار[4]

(١) قوله: "إنما" أى لا تجب الشفعة إلا فى عقار ملك بعقد عوض مالى، فقوله: عقار، يتناول ما يقسم وما لا يقسم، والشافعى رحمه الله يخالفنا فى ما لا يقسم، كالبئر والرحاء والحمام والنهر والطريق وبيت صغير لا ينتفع إذا قسم، وهذا الاختلاف مبنى على أصل المختلف بيننا وبين الشافعى، إذ عنده وجوب الشفعة لدفع مؤنة القسمة، فلا يستحق إلا فيما يقسم، وعنده فالدفع ضرر سواء العشرة على الدوام، فبنى كل على قاعدته.

والنصوص تشهد لنا؛ لأنها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم، قال عليه الصلاة والسلام: «الشفعة فى كل عقار أو ربع»، رواه إسحاق بن راهويه فى "مسنده"، والطحاوى فى "شرح الآثار" كلاهما عن ابن عباس مرفوعًا كل منهما بإسناد غير إسناد الآخر.

قيّد بقوله: بعوض، احترازًا عما إذا ملك بالهبة، فإن أشهد لا تجب فيها، وبقوله: هو مال، عما إذا ملك بعوض هو غير مال، كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد، فإن الشفعة لا تجب فى هذه الأشياء؛ لأن ثبوتها بالآثار على خلاف القياس فى معاوضة مال بمال، فيقتصر عليه.

ولو قال: إنما تجب الشفعة قصدًا فى. . . إلخ لكان أولى؛ لأن الشفعة تثبت فى غير العقار بتبعية العقار، كالثمر والشجر. (عز)

(٢) قوله: "لا" أى لا تجب الشفعة فى عرض وسفينة، وقال مالك رحمه الله: تجب فى السفينة؛ لأنها تسكن كالعقار، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «لا شفعة إلا فى ربع أو حائط -الربع الدار والحائط البستان-» رواه البزاز مرفوعًا.

فإن قيل: فيجب أن لا تثبت الشفعة فى الأرض الخالية؟ فإنها ليست بربع ولا حائط؟

قلنا: الحصر فيه إضافى بالنسبة إلى العروض والسفن، والقرينة عليه الحديث فى أول هذا الباب، فإن العقار على ما قال جمهور الشراح: كل ما له أصل من دار أو ضيعة، فقد شمل العقار للأرض الخالية. (عز)

(٣) قوله: "وبناء" أى لا تجب الشفعة فى بناء ونخل بيعًا بلا عرصة؛ لأنهما لا قرار لهما لاحتمال امتناع صاحب الأرض عن إبقاءهما، فكانا نقلين، بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة، ويستحق به الشفعة؛ لأنه بماله من القرار التحق بالعقار.

وفى "الزيلعى": حق التعلى يبقى على الدوام، وهو غير منقول، وذلك إذا لم يكن طريقه طريق السفل، وإن كان طريقهما يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط فى الحقوق وهو الطرق. (عز)

جُعلت مهراً، أو أُجرة[١]، أو بدل خلع، أو بدل صُلح عن دم عمد[٢]، أو عوض عتقٍ، أو وُهبت[٣] بلا عوض مشروط، أو بيعت[٤] بخيار البائع، أو بيعت فاسداً ما لم[٥] يسقط حق

(٤) قوله: "ودار" إلى قوله: عتق، خلافًا للشافعي في المسائل الخمس، ولنا أن هذه الأعواض ليست بأموال، وتقدم آنفًا أن ثبوت الشفعة على خلاف القياس في مبادلة مال بمال.

ولو تزوجها بغير مهر، ثم فرض لها عقاراً مهراً، لم تكن فيها الشفعة؛ لأنه تعين لمهر المثل، وهو مقابل بالبضع، بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها، أو بالمسمى عند العقد، أو بعده حيث تثبت فيه الشفعة؛ لأنه مبادلة مال بمال؛ لأنه أعطاها من العقار بدل عما في ذمة من المهر. (الكشف وحاشيته والزيلعي)

(١) بأن استأجر حماراً بدار فدفعها إلى عوض الأجرة.

(٢) قيد بقوله: عن دم عمد احترازاً عن الخطأ.

(٣) قوله: "أو وهبت" أما الهبة بعوض مشروط فبيع انتهاء، فيجري الشفعة في كل منهما، بخلاف العوض الغير المشروط؛ لأن كلا منهما هبة مطلقة، إلا أنه أثيب منها فامتنع الرجوع. (الكشف وحاشيته)

(٤) قوله: "أو بيعت" أي لا شفعة في البيع بسبب البيع بخيار للبائع؛ لأن خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه إلا بعد سقوطه، أي سقوط الخيار، بأن أسقط البائع؛ لأن المانع من خروج المبيع عن ملكه قد زال، فصار البيع كأنه وقع لازمًا من الأصل.

قيّدنا الخيار بكونه للبائع، كما هو الظاهر من البيع بخيار؛ لأن خيار المشتري يوجب الشفعة، أما عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فلأن المشتري صار مالكًا، أما عند أبي حنيفة رحمه الله فيخرج المبيع عن ملك البائع، وحق الشفعة يعتمد انقطاع حق البائع لا ثبوت الملك للمشتري حتى لو أقر البائع بالبيع، وأنكر المشتري يجب الشفعة. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "ما لم" أي لا شفعة في دار بيعت بيعًا فاسداً حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه، كالبناء، لأن البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري، فيكون ملك البائع باقيًا على حاله، فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه، وبعد القبض وإن كان يفيده لكن حق البائع باقٍ فيها، ألا ترى أنه واجب الرفع لدفع الفساد، ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها، وفي إثبات الحق له تقريره، فلا يجوز؛ لأنه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه إلى الشفيع.

بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري، حيث يأخذها الشفيع لخروجها عن ملك البائع، ولم يتعلق له فيها حق، ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها، بخلاف المشتري في البيع الفاسد، ثم إذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة، فتجب وهو المراد بقوله: ما لم يسقط حق الفسخ

أى بناء المشترى فيها الدار فلا شفعة لجارهم أى سلم الشفيع الشفعة
الفسخ بالبناء، أو قسمت[١] بين الشركاء، أو سلمت[٢] شفعته
الدار إلى البائع أى بقضاء قاض لا تجب الشفعة أيضًا. الشفعة
ثم ردت بخيار رؤيةٍ أو شرطٍ أو عيبٍ بقضاء، وتجب[٣] لو

بالبناء، أى بناء المشترى فيها؛ لأن حق البائع ينقطع به عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما لا ينقطع به، فلا تجب فيها الشفعة.

وتخصيصه بالبناء لا فائدة فيه؛ لأن شرط وجوب الشفعة أى ينقطع حق البائع بإخراج المشترى المبيع بالبيع أو غيره على ما عرف فى البيع الفاسد، فإن أخرجه عن ملكه بالبيع، كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء، لانقطاع حق البائع، فإن أخذه بالبيع الثانى أخذه بالثمن؛ لأن البيع الثانى صحيح، والواجب فيه الثمن، فيأخذه به.

وإن أخذها بالبيع الأول أخذها بقيمتها؛ لأن الواجب فيه القيمة، ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى، ليأخذها الشفيع؛ لأن البيع الثانى كان صحيحًا مفيدًا للملك، وإنما فسخ لحق الشفيع، ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع، ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لأجله؛ لأن ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه، وكذا إن أخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة أو جعله مهرًا، أو غير ذلك نقض تصرفه، وأخذه بقيمه، لما ذكرنا.

وإن بيعت دار بجنبها قبل القبض، فللبائع الشفعة فى المبيعة لبقاء ملكه فيها، وإن سلمها إلى المشترى، فهو شفيعها؛ لأن الملك له، ولا يؤدى أخذها إلى تقرير الفساد؛ لأن الفسخ ممكن بعد الأخذ بالشفعة، ولا فساد فى المأخوذ بخلاف المشتراة شراءً فاسدًا؛ لأن أخذها بالشفعة يؤدى إلى تقرير الفساد على ما بينا. (الزيلعى)

(١) قوله: "أو قسمت" أى لو قسمت الدار بين الشركاء، لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم؛ لأن القسمة فيها معنى الإقرار، ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع إلا فى المبادلة المطلقة، وهى المبادلة من كل وجه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "أو سلمت" أى إذ أسلم الشفيع الشفعة ثم ردت إلى البائع بخيار الرؤية، أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء قاض، لا تجب الشفعة فيها؛ لأنه فسخ من كل وجه، فلا يمكن أن يجعل فيها عقدًا جديدًا، فعاد إلى قديم ملك البائع، والشفعة تجب فى الإنشاء لا فى الاستمرار، والبقاء على ما كان، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وتجب" أى تجب الشفعة إن ردها المشترى بعيب بغير قضاء القاضى، أو تقايلا البيع، وقال زفر رحمه الله: لا تجب؛ لأن شفعته قد بطلت بالتسليم، والرد بالعيب بغير قضاء، وإقالة، والإقالة فسخ العقد هما ذلك، والعبرة لقصد المتعاقدين.

قلنا: الإقالة مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع، غير أنهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن إبطال حق الغير؛ لأن لهما ولاية على أنفسهما، فيكون فسخًا فى حقهما، ولا ولاية لهما على غيرهما، فيكون بيعًا جديدًا فى حق الشفيع لوجود حد البيع فيها، وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما، فيتجدد له بها حق الشفعة. (الزيلعى ههنا تحقيق شريف للزيلعى)

الدار بخيار عيب. القاضي
ردت بلا قضاء أو تقايلا[١].

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج إلى بيان وجه

باب[٢] ما تبطل به الشفعة

الشفعة / أي وبترك طلب التقرير / أي وتبطل أيضًا
وتبطل[٣] بترك طلب المواثبة[٤] أو التقرير[٥]، وبالصلح[٦]
أي يصلح المشتري الشفيع / على الشفيع / أي لا تبطل الشفعة
من الشفعة على عوض، وعليه ردُّه[٧]، وبموت[٨] الشفيع لا

---

(١) بعد القبض لأنه قبله فسخ من الأصل، وهو إنما يستقيم على قول محمد، كما في "الزيلعي".

(٢) قوله: "باب" اعلم أن تسليم الشفعة قبل البيع لا يصح، وبعده يصح علم الشفيع بوجوب الشفعة أو لم يعلم، علم من أسقط عليه هذا الحق أو لم يعلم؛ لأن تسليم الشفعة إسقاط حق، ولهذا يصح من غير قبول، ولا يرتد بالرد، وإسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط إليه، كالطلاق والعتاق. (الطحطاوي)

(٣) قوله: "وتبطل" أي تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بأن لم يشد أحد فمه، أو لم يكن في الصلاة؛ لأنها تبطل بالإعراض وترك الطلبين، أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الإعراض. (الزيلعي)

(٤) بأن لم يشهد على أحد المتبايعين عند العقد.

(٥) أي أو بترك طلب التقرير.

(٦) قوله: "وبالصلح" أي تبطل الشفعة إذا صالح المشتري الشفيع على عوض، وعلى الشفيع رد العوض؛ لأن حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل، وإنما هو مجرد حق التملك، فلا يجوز أخذ العوض عنه، بخلاف القصاص؛ لأنه حق متقرر؛ لأنه ملك المحل في القتل، ولذا يتمكن من الاستيفاء بلا قضاء ولا رضى، بخلاف الطلاق والعتاق؛ لأنه اعتياض عن ملك في المحل. (عز)

(٧) أي رد ما أخذ من المشتري.

(٨) قوله: "بموت [قبل القضاء أما بعده قبل نقد الثمن، فالبيع لازم لورثته]" أي بموت الشفيع قبل الأخذ بعد الطلب، أو قبله تبطل الشفعة، ولا تورث عنه، ولا تبطل بموت المشتري، وقال الشافعي: لا تبطل بموت الشفيع أيضًا؛ لأن هذا حق معتبر في الشرع كالقصاص، وحق الرد بالعيب.

ولنا أن بموته يزول ملكه عن داره المشفوعة بها، ويثبت الملك للوارث بعد البيع، وقيامه وقت البيع، وبقاءه للشفيع، أي وقت القضاء شرط، وإنما لا تبطل بموت المشتري لأن المستحق باقٍ، ولم يتغير سبب حقه، وإنما حصل الانتقال إلى الورثة في الدار المشفوعة، وذلك حقه، كما إذا انتقل إلى غيره بسبب

أى وتبطل أيضًا وهو الدار التى يشفع بها أى قبل حكم الحاكم
المشترى، وببيع(١) ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة، ولا(٢)
أى للذى باع الوكالة الشفيع. وهو تبعة الاستحقاق.
شفعة لمن باع، أو بيع له، أو(٣) ضمن الدرك عن البائع،
أى الدار
ومن(٤) ابتاع أو ابتيع له فله(٥) الشفعة، وإن قيل للشفيع: إنها
درهم أى الدار من الألف
بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل، أو(٦) ببُر، أو شعير
درهم أى ظهر أى الدار
قيمته ألف، أو أكثر، فله(٧) الشفعة، ولو بان أنها بيعت بدنانير

آخر، فينقضه، ويأخذها بالشفعة. (الزيلعى والكشف بتصرّف)

(١) قوله: "وببيع" أى تبطل الشفعة ببيع الدار التى يشفع بها قبل الأخذ بالشفعة؛ لأن سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه، ولا فرق بين أن يكون عالـمًا وقت بيع داره بشراء المشفوعة، أو لم يكن عالـمًا؛ لأنه لا يختلف فى الحالين، فصار كالتسليم الصريح، فإنه لا يختلف بين أن يعلم بيعها، أو لم يعلم. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولا" صورتها دار بين ثلاثة، وَكّل أحدُهم آخر منهم ببيع نصف حصته، فباعه، فإنه ليس للوكيل ولا للموكل حق الشفعة بالشركة فى نفس المبيع؛ لأن الأول بائع، والثانى مبيع له، بقيت للشريك الثالث وجه عدم الشفعة أن البائع بالأخذ بالشفعة يسعى فى نقض ما تم من جهته، وهو البيع؛ لأنه بعد الأخذ يسمى مشتريًا لا بائعًا، وقد كان بائعًا. (الكشف)

(٣) قوله: "أو" يعنى إذا ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع، فلا شفعة له؛ لأن البيع تمّ بضمانه، حيث لم يرضَ المشترى إلا بضمانه. (الزيلعى والكشف)

(٤) قوله: "ومن" صورتها: دار بين ثلاثة، وكل أحد هم أخر منهم بشراء نصيب الثالث، كان للوكيل والموكل حق الشفعة، فيقدمان على الشريك فى حق المبيع وعلى الجار الملاصق؛ لأنهما خليطان فى نفس المبيع. (الكشف)

(٥) قوله: "فله" لأن الشفعة تبطل بإظهار الشفيع الرغبة عن المشفوع، ولا يبطل بإظهار الرغبة فيه، وفى الشراء إظهار الرغبة، فلا يكون إبطالا للشفعة، وفى البيع إظهار الرغبة عنه، فيكون إبطالا لها. (شرح النقاية)

(٦) أى أو علم أن الدار بيعت ببر . . . إلخ.

(٧) قوله: "فله" لأنه إنما سلم لاستكثار الثمن فى الأول، ولتعذر الجنس الذى بلغه، وتيسير ما بيع به فى الثانى، إذ الجنس مختلف، وكذا كل مكيل، أو موزون، أو عددى متقارب، بخلاف ما إذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف، حيث لا يبطل تسليمه؛ لأن الواجب فيه القيمة، وهى دراهم أو

الجملة صفة لدنانير — أى للشفيع

قيمتها ألف فلا[1] شفعة، وإن قيل له: إنه اشترى فلان فسلّم[2]

أى إن باع رجل داره

فبان أنه غيره، فله[3] الشفعة، وإن[4] باعها إلا ذراعًا فى جانب

لانقطاع الجوار — أى اشترى أى من الدار — معين

الشفيع، فلا شفعة له، وإن ابتاع منها سهمًا[5] بثمن، ثم ابتاع

أى بقية الدار — بما اشترى

بقيتها، فالشفعة للجار فى[6] السهم الأول فقط[7]، وإن

أى إن اشترى — إلى البائع أى عوضًا عن الثمن — أى الشفعة تجب للشفيع بالثمن

ابتاعها[8] بثمن، ثم دفع ثوبا عنه، فالشفعة بالثمن لا الثوب،

دنانير . (الكشف)

(١) قوله: "فلا" وهذا قول أبى يوسف رحمه الله، وهو استحسان، والقياس أن يثبت له حق الشفعة، وهو قول أبى حنيفة وزفر رحمهما الله؛ لأن الجنس مختلف حقيقةً وحكمًا، ولهذا جاز التفاضل بينهما فى البيع، وجه الاستحسان أنهما جنس فى الثمنية، وكلامنا فيه، ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر فى الزكاة. (الزيلعى)

(٢) شفعة إما إكرامًا له أو خوفًا من شره.

(٣) لتفاوت الناس فى الأخلاق، فمنهم من يرغب فى معاشرة، ومنهم من يجتنب مخافة شره.

(٤) قوله: "وإن" معناه إذا باع العقار إلا مقدار ذراع فى طول الحد الذى يلى الشفيع، فلا شفعة؛ لأن الاستحقاق بالجوار، ولم يوجد الاتصال بالمبيع، وكذا لو وهب هذا القدر للمشترى لعدم الافتراق، وهذه حيلة. (الزيلعى)

(٥) دون السهام الباقية.

(٦) لأن المشترى شريك فى البقية، فيقدم على الجار.

(٧) قوله: "فقط" لأن الشفيع جار فى السهم الأول، والمشترى شريك فى السهم الثانى، وهو مقدم على الجار، ولو أراد الحيلة يشترى السهم الأول بجميع الثمن إلا درهمًا، فلا يرغب الجار فى أخذه لكثرة الثمن، لا سيما إذا كان جزءً قليلا فالعشر أو أقل مثلا. (التكملة والمجمع)

(٨) قوله: "وإن ابتاع" أى إن اشترى الدار بثمن كثير، كألف مثلا، ثم دفع عن الثمن ثوبًا يساوى مائة درهم مثلا، أخذها الشفيع بالثمن لا بقيمة الثوب؛ لأن الثوب عوض عما فى ذمة المشترى، فيكون البائع مشتريًا للثوب بعقد آخر غير العقد الأول، وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة؛ لأنه يبتاع العقار بأضعاف قيمته، ويعطيه بها ثوبًا قيمته قدر قيمة العقار غير أنه يخاف أن يتضرر البائع بذلك؛ لأنه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها فى ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع الثانى، ثم أبرأته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار، فإذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار، وبطلت المقاصة، فيجب على

ولا(١) يكره الحيلة لإسقاط الشفعة والزكاة(٢)، وأخذ(٣) حظّ

البائع الثمن كله، ثم إذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشترى، فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض، فيجب رد الدنانير لا غير، والحيلة الأولى تختص بالجار وهذه لا.

وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم، ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار، إلا قدر قيمة الدينار مثلا، فيعطيه الدينار بالباقى، فيصير صرفًا فيه، ثم إذا استحق المشفوع برد ما قبض كله، فغير الدينار على أنه بدل عن العقار المستحق، والدينار لبطلان الصرف. (الزيلعى والمجمع)

(١) قوله: "ولا" وهذا عند أبى يوسف؛ لأن التالى لدفع الضرر عن نفسه مباح، وإن تضرر الغير فى ضمنه، وهو رواية عن الإمام، وبقول أبى يوسف رحمه الله: يفتى قبل وجوبها، وإن بعد وجوبها فمكروهة بالإجماع، وعند محمد تكره؛ لأنها وجبت لدفع الضرر، وهو واجب، وإلحاق الضرر به حرام.

وقال الشافعى رحمه الله: قيل: لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالإجماع، وإنما الخلاف فى فضل الزكاة، والمختار عندى أن لا تكره فى الشفعة دون الزكاة، كما فى "شرح الكنز" للعينى، وفى "التنوير": ولا حيلة لإسقاط الحيلة لما قال البزازى، وطلبناها كثيرًا فلم نجدها. (المجمع)

(٢) كان يهب ما وجبت فيه الزكاة، ولا نية الصغير قبل الحول، أو يتصدق قبله بما ينقص النصاب، ولو بشىء قليل.

(٣) قوله: وأخذ" معناه أن المشترى إذا تعدد بأن اشترى جماعة عقارًا والبائع واحد، يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم، حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم، ويترك الباقى، وإن تعدد البائع، بأن باع جماعة عقارًا مشتركًا بينهم، والمشترى واحد، لا يتعدد الأخذ بالشفعة بتعددهم، حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض، والفرق أن الشفع فى الوجه الثانى يأخذ نصيب بعضهم تفرق الصفقة على المشترى، فيتضرر به زيادة الضرر بالأخذ منه، وبعيب الشركة، وهى شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع، فلا تشرع على وجه يتضرر به المشترى ضررًا زائدا سوى الأخذ.

وفى الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم، فلا تتفرق الصفقة على أحد، ولا فرق فى هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده فى الصحيح، إلا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع، كيلا يؤدى إلى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترى أنفسهم؛ لأنه كواحد منهم.

وكما إذا كان المشترى واحدا، فنقد البعض من الثمن، وسواء سمى لكل البعض ثمنًا، أو سمى للكل جملة؛ لأن العبرة فى هذا لاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه، والمعتبر فى التعدد والاتحاد العاقد دون المالك، حتى لو وكّل واحد جماعة بالشراء، فاشتروا له عقارًا واحدا صفقة واحدة أو متعددة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم.

ولو وكل جماعة واحدًا به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم؛ لأن حقوق العقد تتعلق بالعاقد،

أى يتعدد بتعدد...إلخ / أى يتعدد / رجل

البعض بتعدد المشترى لا بتعدد البائع، وإن[١] اشترى نصفَ

أى النصف أى نصيبه الذى حصل له القسمة

دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظّ المشترى بقسمته، وللعبد[٢]

المأذون[٣] المديون الأخذ بالشفعة من سيده كعكسه[٤]،

وهو أصيل فيه، فيتحد باتحاده، ويتعدد بتعدده. (ز)

(١) قوله: "وإن" أى لو اشترى نصف دار غير مقسوم، فقاسم المشترى البائع، أخذ نصيب المشترى الذى حصل له بقسمة، وليس له أن ينقض القسمة، سواء كانت القسمة بحكم أو بالتراضى؛ لأن القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع، بخلاف ما إذا باع أحد الشريكين نصيبه من دار مشتركة، وقاسم المشترى الذى لم يبع، حيث يكون للشفيع نقضه؛ لأن العقد لم يقع من الذى قاسم، فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الأول، بل هو تصرف بحكم الملك، فينقضه الشفيع.

كما لو اشترى اثنان دارًا، وهما شفيعان، ثم جاء شفيع ثالث بعد ما اقتسما بالقضاء أو بالتراضى، فللشفيع أن ينقض القسمة.

وفى "الهداية": ثم إطلاق الجواب فى الكتاب يدل على أن الشفيع يأخذ النصف الذى صار للمشترى فى أى جانب كان، وهو المروى عن أبى يوسف؛ لأن المشترى لا يملك إبطال حقه بالقسمة، وعن الإمام أنه إنما يأخذه إذا دفع فى جانب الدار التى يشفع بها؛ لأنه لا يبقى جارًا فيما يبقى فى الجانب الآخر.

ولا يقال: القسمة فيها معنى المبادلة، والشفيع يملك نقض تصرفاته، فكذا نقض قسمته؛ لأنا نقول: القسمة إفراز من وجه، ولهذا يجرى فيها الجبر، ومبادلة من وجه، ولهذا يجرى فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية، ومن حيث إنها إفراز لم يوجد فيها إلا القبض، فباعتبار أنها مبادلة يملك، وباعتبار أنها إفراز لا تملك، فلا تملك بالشفعة. (الزيلعى والمجمع)

(٢) قوله: "وللعبد" معناه إذا باع رجل دارًا، وللبائع عبد مأذون له فى التجارة، وعليه دين يحيط بماله ورقبته، للعبد أن يأخذ الدار بالشفعة، وكذا عكسه، وهو ما إذا كان العبد هو البائع، فلمولاه الشفعة؛ لأن الأخذ بالشفعة بمنزلة الشراء، وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين؛ لأنه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما فى يد العبد المديون، أو لكون العبد أحق به، بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين، والعبد بائع؛ لأن بيعه لمولاه، ولا شفعة لمن بيع له، بخلاف ما إذا اشترى؛ لأنه ابتيع، وقد بينا أن عين ابتاع أو ابتيع له، لا تبطل شفعته. (الزيلعى)

(٣) لأنه لا يأخذها لمولاه، بل لنفسه، فكان مفيدًا.

(٤) أى كعكس الحكم المذكور، وهو جواز الأخذ بالشفعة.

وصحّ(١) تسليم الشفعة من الأب(٢) والوصى والوكيل(٣).

(١) قوله: وصحّ يعنى إن الحمل والصغير فى استحقاق الشفعة كالكبير لاستواءهما فى سببه، فيقوم بالطلب، والأخذ، والتسليم من يقوم مقامهما، وهو الأب ثم وصيه، ثم وصيه، ثم الوصى الذى ينصبه القاضى، فإن لم يكن أحد فهو على شفعته حتى يدرك، وهذا عندهما.

وقال محمد: لا يجوز والصبى على شفعة إذا بلغ، والمؤكل كذلك إذا بلغه الخبر؛ لأنه حق ثابت لهما، فلا يملكان إبطاله، وبه قال زفر، ولهما أن هذه فى معنى المبادلة، وهما يملكانها.

وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الأب والوصى عند العلم بالشراء، وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها، وإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس فى مثله، قيل: جاز التسليم بالإجماع؛ لأن النظر فيه متعين، وقيل: لا يجوز التسليم بالإجماع، وهو الأصح؛ لأنه لا يملك الأخذ، فلا يملك التسليم، كالأجنبى.

وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة، فعن أبى حنيفة لا يصح تسليم الأب والوصى، ولا رواية عن أبى يوسف، والمراد بالوكيل هنا الوكيل بطلب الشفعة، وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالإجماع، وكذا سكوته إعراض بالإجماع. (التكملة والعينى)

(٢) حتى لو اشترى رجل، أراد شفيعها صبى، فسلم أبوه أو الوصى صح، وليس للصبى أن يأخذها إذا بلغ. (الطائى)

(٣) أى وصح تسليم الشفعة من الوكيل ولكن فى مجلس القاضى فى غير.

هي لغةً : اسم للإقسام

كتاب[1] القسمة[2]

أى في نصيب معين — أى على معناهما

هى[3] جمع نصيب شائع فى معين، وتشتمل[4] على الإفراز والمبادلة، وهو[5] الظاهر فى المثلى[6]، فيأخذ[7] حظه حال غيبة صاحبه، وهى[8] فى غيره، فلا يأخذ[9]، ويجبر[10]

أى أحد الشريكين — أى نصيبه — وهو الشريك الآخر — الآبى من الشركاء

(١) قوله : "كتاب" مناسبة القسمة بالشفعة من حيث إن كلا منهما من نتائج النصيب الشائع ، ألا ترى أن أقوى أسباب الشفعة الشركة فى نفس المبيع ، وتقديم الشفعة على القسمة لما أن التملك بالشفعة ربما يكون سببا للقسمة ، والسبب مقدم على المسبب . (الشلبى)

(٢) قوله : "القسمة" هى مشروعة بالكتاب العزيز ، قال تعالى : ﴿وَنَبِّئْهُمْ أَنَّ الْمَاءَ قِسْمَةٌ بَيْنَهُمْ﴾ وقال تعالى : ﴿وَإِذَا حَضَرَ الْقِسْمَةَ﴾ وبالسنة الشريفة ؛ لأنه ﷺ باشرها فى الغنائم والمواريث ، وعلى جوازها انعقد الإجماع . (الطحطاوى)

(٣) قوله : "هى" هذا معناه شرعًا ؛ لأن ما من جزء معين إلا هو مشتمل على نصيبه ، فكان ما يقبضه كل واحد منهما نصفه ملكه ، ونصف ملك صاحبه ، فإذا وقعت القسمة صار حصة صاحبه فيما وقع فى نصيبه عوضًا عما فإنه فى نصيب صاحبه . (التكملة)

(٤) قوله : "وتشتمل" أى القسمة تشتمل على شيئين : أحدهما : الإفراز ، وهو أخذ فى حقه ، والثانى : المبادلة ، فما يأخذه كل من الشريكين نصفه ملكه ، ولم يستفده من صاحبه ، فكان إفرازًا ، والنصف الآخر كان لصاحبه ، فصار له عوضًا عما فى يد صاحبه ، فكان مبادلة. (عز)

(٥) قوله : وهو" أى الإقرار ظاهر فى المثلى لعدم التفاوت بين الذى أتى إلى أحد الشريكين وبين الذى ذهب منه ، والمبالة ظاهر فى غير المثلى للتفاوت بين الآتى والذاهب . (الكشف مع تغيير وزيادة)

(٦) أى فيما له مثل كالمكيل والموزون والعددى المتقارب .

(٧) تفريع على كون الإفراز ظاهرًا فى المثلى .

(٨) أى المبادلة هى الظاهرة فى غير المثلى .

(٩) تفريع على كون المبادلة ظاهرة فى غير المثلى .

(١٠) قوله : "ويجبر" ولما كانت هنا مظنة توهم عدم الإجبار على القسمة فى غير المثلى لرجحان

كالغنم والثياب والصوف مثلا ... كالغنم والثياب والصوف مثلا

في متحد الجنس عند(١) طلب(٢) أحد الشركاء لا في غيره،

أي استحب ... موصوف ... الجملة صفة لقاسم ... بين الناس، أي بلا أخذ أجر منهم

وندب(٣) نصب قاسم رزقه من بيت المال ليقسم بلا أجر،

أي وإن لم يتيسر نصب قاسم رزقه من بيت المال ... بين الناس ... في القسمة

وإلا(٤) فينصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرؤوس، ويجب

القاسم ... ليعتمد على قوله ... ليقدر عليها

أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة، ولا يتعين(٥) قاسم واحد،

المبادلة فيه، ولا إجبار في المبادلات إزالة لقوله: ويجبر... إلخ، فالإجبار إنما هو لتعلق حق الغير، كما أن المشتري يجبر على التسليم إلى الشفيع مع أنه مبايعة، وإنما يجبر لحق الشفيع. (الكشف)

(١) قوله: "عند" أي إذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس، سواء كان من ذوات الأمثال. (الزيلعي)

(٢) قوله: "طلب" شرط الطلب؛ لأنه سأل القاضي أن يخلص له انتفاع بنصيبه، ويمنع الغير عن الانتفاع بملكه، فعلى القاضي إجابته، فالإجبار إنما هو لهذه الضرورة، فإذا انتفت بأن لم يسأله انتفى الإجبار؛ لأن القسمة إنشاء المبادلة، ولا إجبار في الإنشاءات. (الكشف مع زيادة)

(٣) لأنها من جنس عمل القضا من حيث إنها تتم بها قطع المنازعة، فأشبه رزق القاضي.

(٤) قوله: "وإلا" أي وإن لم ينصب قاسما رزقه من بيت المال؛ لأن النصب غير واجب حتى يجب النصب بل هو مندوب، فيجوز أن ينصب، وأن لا ينصب، فإن لم ينصب ينصب قاسما يقسم بين الناس بأجر على المتقاسمين؛ لأن النفع لهم على الخصوص، وليست بقضاء حقيقة حتى للقاضي أن يأخذ الأجر على القسمة، وإن كان لا يجوز له على القضاء، ويقدر له القاضي أجر مثله، كيلا يطمع في أموالهم، ويتحكم في الزيادة، والأفضل أن يرزق من بيت المال؛ لأنه أروج وأرفق بالعامة.

وقوله: بعدد الرؤوس أي تجب عليهم الأجرة على عدد الرؤوس، ولا تتفاوت الأنصباء، وعندهما على قدر الأنصباء حتى إذا كانت دار بين ثلاثة نفر، لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، والآخر السدس، قسمها بينهم بالأجرة، تكون أثلاثا على كل واحد ثلث عنده؛ لأن الأجر مقابل بالتميز، وأنه لا يتفاوت، وربما يصعب الحساب بالنظر إلى القليل، وقد ينعكس الأمر، فتعذر اعتباره، فيتعلق الحكم بأصل التمييز، وقال: على قدر الملك أسداسا، ثلاثة أسهم من ستة على صاحب النصف، وسهمان من ستة على صاحب الثلث، وسهم على صاحب السدس، كأجرة حمل الحنطة مشتركة بينهم هكذا، وبه قال الشافعي وأحمد، وأصبغ المالكي. (المجمع والزيلعي والكشف)

(٥) قوله: "ولا يتعين" أي لا يعين القاضي قاسما واحدا للقسمة؛ لأنه يتحكم في الزيادة على أجر مثله. (المجمع)

ولا يشترك(١) القُسّام(٢)، ولا يقسم(٣) العقار بين الورثة بإقرارهم حتى يبرهنوا على الموت [أى موت مورثهم] وعدد الورثة، ويقسم(٤) فى المنقول والعقار المشترى، ودعوى الملك، ولو(٥) برهنا [رجلان طلبا القسمة] أن العقار فى

(١) قوله: "ولا يشترك" أى يمنعهم القاضى من الاشتراك كيلا يتضرر الناس؛ لأن الأجرة تصير بذلك غالية؛ لأنهم إذا اشتركوا يتواكلون، وعند عدم الشركة يتبادرون إليها خشى الفوت، فيرخص الأجر بسبب ذلك. (الزيلعى)

(٢) بضم القاف وتشديد السين جمع قاسم.

(٣) قوله: "ولا يقسم" أى إذا طلبت الورثة قسمة العقار فى أيديهم، وأقروا أنهم ميراث لهم من فلان، لا يقسم بمجرد دعواهم حتى يقيموا البينة على موت مورثهم، وعلى عدد الورثة، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: يقسم القاضى بينهم بإقرارهم، ويكتب ذلك فى صك القسمة؛ لأنه فى أيديهم، واليد دليل الملك، وقد أخبروا بالإرث من أبيهم، والأصل فى أخبار المسلم الصدق، ولا منازع لهم فيما أخبروا، فثبت الخبر به، فإذا سألوا القاضى أن يقسم بينهم ملكهم، فعليه أن يجيبهم إلى ذلك تمكينًا لكل واحد منهم من الانتفاع بنصيبه، كما فى المنقول الموروث والعقار المشترى، والبينة إنما تكون على المنكر، ولا منكر هذا، ولا منازع لهم، فلا يفيد البينة، ولكن يذكر القاضى فى كتاب القسمة أنها وقعت منه باعترافهم ليتذكر بالنظر فيه أن حكم القسمة مقتصر عليهم غير متعدّ إلى غيرهم حتى لا يكون ذلك قضاء على شريك آخر لهم، ولا على مالك.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الميت يصير مقتضيًا عليه بقسمة القاضى، وقولهم: ليس بحجة عليه، فلا بد من إقامة البينة ليثبت بها القضاء على الميت ليصير بعضهم مدعيًا، والبعض الآخر خصمًا له على الميت. (عز وشرح النقاية)

(٤) قوله: "ويقسم" أى يقسم فى المنقول الموروث والعقار المشترى، وفيما إذا ادعوا الملك، ولم يذكروا كيفية انتقاله إليهم بقولهم: من غير إقامة البينة، أما فى المنقول الموروث؛ فلأن فى القسمة فيه نظرًا؛ لأنه لا يخشى عليه التلف، وفى القسمة حفظه، وجعل مضمونًا على القابض فتعينت القسمة، إذ القاضى نصب ناظرًا، والعقار محصن نفسه، وهو غير مضمون بالقبض عنه، فلا حاجة إلى القسمة بغير ثبوت، وأما فى العقار المشترى فلأن المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة، فلا يمكن إبقاءه، فلم تكن القسمة قضاء على الغير، وأما فيما إذا ادعوا الملك، ولم يذكروا كيف انتقل إليهم فلأنه ليس فى القسمة قضاء على الغير، فإنهم لم يقرو بالملك لغيرهم، فيكون مقتصرًا عليهم فيجوز. (الزيلعى مع تغيير وتقديم وتأخير)

(٥) قوله: "ولو" يعنى لو أقام رجلان بينته أن العقار فى أيديهما، لم يقسم حتى يبرهنا، ولو طلبا من القاضى أن يقسمه بينهما، لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة بأن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون

أي أن العقار ملك لهما — أي الاثنان — أي على موت المورث

أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما، ولو برهنا على المــوت

حالية

وعدد الورثة والدار في أيديهما(١)، ومعها وارثٌ غـائب، أو

العقار بينهما

صبي قسم بطلبهما، ونُصب وكيلٌ(٢)، أو وصيٌ بقبض نصيبه،

أي الشركاء في العقار وأقاموا البينة على الشراء — في المسألة السابقة

ولو(٣) كانوا مشترين وغاب أحدُهم، أو كان العقار في يد

هو لغيرهما، وهذه عبارة الجامع الصغير، وما تقدم رواية القدوري، وكلاهما في دعوى الملك المطلق، ومثل هذا لا يليق بهذا المختصر. (التكملة)

وأجاب عن هذا بعض المحققين بما لست احصله. (عز)

(١) قوله: "أيديهما" هكذا في أكثر النسخ العقدة عندنا، وفي بعض الشروح أيديهم، ومعهم مكان قوله: أيديهما ومعهما، وقيل: هذا سهو، والصحيح في أيديهما ومعهما؛ لأنه لو كان في أيديهم مكان البعض في يد الطفل، أو الغائب، وسيأتي أنه إن كان لا يقسم، وأجيب عنه بأنه أطلق الجمع وأورد المثنى بقرينة قوله: برهنا. (عز)

(٢) قوله: "وكيل" أي وكيل بقبض نصيب الغائب، أو وصي بقبض نصيب الصبي؛ لأن في نصيبه نظر الصغير والغائب، ولا بد من إقامة البينة عند أبي حنيفة رحمه الله، لما بينا في المسألة الأولى، بل أولى؛ لأن في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير، وعندهما يقسم بقولهم: على نحو ما ذكر هنا، ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين، فإن الصغير أو الغائب على حجته. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ولو" أي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها، أما إذا كانوا مشترين، فلأن الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره، ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه، فلا يصلح الحاضر خصمًا عن الغائب، بخلاف الإرث؛ لأن الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه المورث، ويرد عليه فيما باعه، وهو يصير مغرورًا بشراء المورث، فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده، والآخر عن نفسه، فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين، وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر، وفي الشراء قامت على خصم غائب، فلا تقبل ولا يقضى عليه.

وأما إذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب بإخراج الشيء من يده من غير خصم حاضر عنه، وكذا إذا كان بعضه في يده، والباقي في يد الحاضر، وكذا إذا كان في يد مودعه، أو في يد الصغير، أو شيء منه؛ لأنه يكون قضاء على الغائب، أو على الصغير من غير خصم عنه؛ لأن الأمين والصغير ليس بخصم.

ولا فرق في هذا الفصل بين إقامة البينة وعدمها في الصحيح، وأما إذا حضر وارث واحد؛ فلأنه لا يصلح أن يكون مخاصمًا ومخاصم، فكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما، فلا بد من حضور شخصين على ما بينا؛ لأنه إن كان خصما عن نفسه، فليس أحد يخصم عن الميت، والغائب وإن كان خصمًا عنهما، فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليّ، فتعذر الحكم، بخلاف ما إذا كان الحاضر اثنين، .

من الورثة وطلب القسمة جواب لو في المسائل الثلاث
الوارث الغائب أو الطفل، أو حضر وارث واحد لم يقسم،
العقار أي أحد الشركاء بعد القسمة
وقسم(١) بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه، وإن
بالقسمة مثل البئر والرحاء
تضرر الكل لم يُقسم(٢) إلا برضاهم، وإن
أي بعض الشركاء بالقسمة
انتفع البعض وتضرر البعضُ لقلة حظه، قسم(٣)
يعني لا يقسم بطلب صاحب الحظ القليل
بطلب ذي الكثير فقط، ويُقسم(٤) العروض(٥) من جنسٍ
(الزيلعي)

(١) قوله: "وقسم" أي إذا انتفع كل واحد من الشركاء بنصيبه بعد القسمة، قسم بطلب أحدهم؛ لأن القسمة حق لازم فيما يحتملها عند طلب أحدهم لتعلق حقه بها تحصيلا للانتفاع. (المجمع والكشف حاشيته)

(٢) لأن القسمة لتكميل المنفعة، وفي هذا تفويته، فيعود على موضوعه بالنقل. (المجمع)

(٣) قوله: "قسم" يعني يقسم لطلب صاحب الكثير، كذا ذكر الخصاف، ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه، ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه، وهذا من طلب الحق والإنصاف، فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه، فوجب على القاضي أن يجيبه إلى ذلك، ولا يعتبر ضرر الآخر؛ أنه يريد أن ينتفع بملك غيره، فلا يمكن من ذلك.
ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع بحقه مع أنه امتنعت في طلب القسمة، فلا يشتغل القاضي بما لا يفيده، وذكر الخصاف أنه إن طلب صاحب القليل قسم، وإن طلب صاحب الكثير لا يقسم، وذكر الحاكم أيهم طلب القسمة يقسم القاضي، والأصح ما ذكر الخصاف؛ لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه، ولا يلزمه أن يجيبهم إلى إضرار أنفسهم، ومنهم من صحّح ما ذكره الحاكم والأول صحساً

(٤) قوله: "ويقسم" أي يقسم القاضي عروضًا إذا اتحد جنسها بطلب بعض الشركاء جبرًا لوجود المعادلة بالمالية والمنفعة. (المجمع)

(٥) قوله: "العروض" أتى المصنف بلفظ الجمع لتعذر القسمة في عين واحدة، وكذا في اثنتين إن اختلفا قيمة لعدم الإجبار على إدخال الدراهم في القسمة، وتجري في ثلاث شياه بين الرجلين قيمة أحدهما ستة دراهم، والأخرى أربعة دراهم، والثالثة درهمان، فتجعل شاة قيمتها ستة دراهم حصته، والباقيتان حصة فيقرع.
أو كانت قيمة أحدهما أربعة دراهم، والأخرى ثلاثة دراهم، والثالثة درهمان، فتجعل شاة قيمتها أربعة دراهم مع ربع قيمة شاة قيمتها درهمان -وهو نصف درهم- حصة -فصارت الحصة أربعة دراهم

واحد، ولا يقسم(١) الجنسان والجواهر والرقيق والحمام والبير

راجع للمسائل الست

والرحى إلا برضاهم.

نصف- والبقية -أى شاة قيمتها ثلاثة دراهم مع ما بقى من شاة قيمتها درهمان، وهو درهم ونصف- فالمجموع أربعة دراهم ونصف حصته، ويقرع ويصل إلى كل رجل شاة مستقلة، وتبقى شاة قيمتها درهمان بينهما مرابعة، فإن ربعها لمن حصلت له شاة قيمتهما أربعة دراهم، وثلاثة أرباعها لمن حصلت له شاة قيمتها ثلاثة دراهم، أو تجعل شاة قيمتها أربعة دراهم مع سدس شاة قيمتها ثلاثة دراهم -وهو نصف دراهم- حصة -فالمجموع أربعة دراهم ونصف- والبقية أى شاة قيمتها درهمان مع بقى من شاة قيمتها ثلاثة دراهم، وهو درهمان ونصف، والمجموع أربعة دراهم ونصف حصته، فتبقى منهما شاة قيمتها ثلاثة دراهم مساومة، فإن سادسها لصاحب شاة قيمتها أربعة دراهم وخمسة أسداسها لصاحب شاة قيمتها درهمان أو تجعل شاة قيمتها ثلاثة دراهم مع ثلاثة أثمان شاة قيمتها أربعة دراهم -وهى درهم ونصف حصة-.

فالمجموع أربعة دراهم ونصف، والبقية أى شاة قيمتها درهمان، وما بقى من شاة قيمتها أربعة درهم، وهو درهمان ونصف فالمجموع أربعة دراهم حصة فتبقى شاة قيمتها أربعة دراهم مثامنة فإن ثلاثة أثمانها لصاحب شاة قيمتها ثلاثة دراهم وخمسة أثمانها لصاحب شاة قيمتها درهمان، هذا ما ظهر لى، والعلم عند الله تعالى، فليراجع "الكشف" مع توضيح وتفسير.

(١) قوله: ولا يقسم" أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما، فلا تقع القسمة تمييزًا، بل تقع معاوضة فيعتمد التراضى دون جبر القاضى؛ لأن إجباره عليها على اعتبار التمييز.

وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحش، ألا ترى أنها لا يصلح غير المعين منها عوضًا عما ليس بمال، كالنكاح والخلع، وقيل: لا تقسم الكبار منها لفحش التفاوت، وتقسم الصغار لقلة التفاوت.

وقيل: إذا اختلف جنسها لا تقسم، وإن اتحد تقسم كسائر الأجناس، وأما الرقيق فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله، وعند أبى يوسف ومحمد: تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس، والتفاوت فى الجنس الواحد، لا يمنع القسمة، كما فى الابل والغنم، ولهذا يقسم الرقيق فى الغنيمة بين الغانمين.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن التفاوت فى الرقيق فاحش لتفاوت المعانى الباطنة كالذهن والكياسة؛ لأن من العبيد من يصلح للأمانة، ويعتمد على كلامه، ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة، ومنهم من لا يصلح لشىء منها، فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم فى واحد، فتعذر الإفراز والتمييز، فلا تكون قسمة، وإنما هى مبادلة، وإلا جبر عليها، بخلاف سائر الحيوانات؛ لأن الانتفاع بها لا يختلف إلا شيئًا يسيرًا، وذلك مغتفر فى القسمة.

ألا ترى أن الذكر والأنثى من بنى آدم جنسان مختلفان، ومن الحيوان جنس واحد، فلا يجوز القياس عليه، وقسمة الغنائم تجرى فى الأجناس، فلا تلزم؛ لأن حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين، حتى كان للإمام أن يبيع الغنائم، ويقسم الثمن بينهم، وفى غير الغنائم ليس له أن يبيع ملك غيره إلا بإذن صاحبه، فامتنع القسمة فيه؛ لأنها مبادلة، وأما الحمام والبير والرحاء فلما ذكرنا من الحاق الإضرار بالكل. (الزيلعى)

بين اثنين أو أكثر
دُور مشتركة، أو دار، وضيعة، أو دار، وحانوت قُسم[١]

منها / أى يسويه على سهام القسمة
كل على حدة، ويصور[٢] القاسم ما يقسمه ويعدله،

أى يميز إن أمكن
ويذرعه[٣]، ويقوم البناء، ويفرز[٤] كل نصيب بطريقه

وشِربه، ويُلقّب[٥] الأنصباء بالأول والثانى والثالث، ويكتب

---

(١) قوله: "قسم" أما الدور المشترك فالمذكور هنا قول الإمام، وقالا: تقسم الدور بعضها فى بعض إذا كانت فى مصر واحد، وكانت القسمة أصلح لهم؛ لأنهما جنس واحد نظرًا إلى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى جنسان نظرًا إلى اختلاف الأغراض، وتفاوت السكنى.

وإذا قسم كل دار على حدة بما يتضرر لقلة نصيبه، وللإمام أن الدور أجناس مختلفة لاختلاف المقصود باعتبار الحال، والجيران والقرب من المسجد، فكان اختلافًا فاحشًا، فلا يمكن التعديل فى القسمة، فلا يجوز جمع نصيب كل واحد فى دار إلا بالتراضى والإبل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده، ولا يجمع بين الأجناس، كما ذكرنا بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والساحة كالدور؛ لأنه بين البيت والدار، فأخذ حظه من كل واحد منها والدور فى مصرين لا تقسم بالإجماع، وأما الدور والضيعة والدار والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف، وفى رواية الأصل ما يشير إلى أنه يجوز. (التكملة)

(٢) قوله: "ويصور" أى يكتب على قرطاس ليمكنه حفظه، قال فى "العناية": يكتب أن نصيب، فلان كذا وفلان كذا إن أراد، وأرفع تلك الكاغذة إلى القاضى ليتولى الأقرع بينهم بنفسه. (التكملة)

(٣) قوله: "ويذرعه" لأن قدر المساحة يعرف بالزرع والمالية بالتقويم، ولا بد من معرفتها ليمكنه التسوية فى المالية ولا بد من ذرع الأرض وتقويم البناء. (التكملة)

(٤) لتقطع المنازعة، ويحصل معنى القسمة على التمام، وهذا بيان للأفضل. (الكشف)

(٥): "ويلقب" فى "المجمع": ويلقب الأنصباء جمع نصيب بالأول والثانى والثالث والرابع والخامس، وهلمّ جرًا، ويكتب أسماءهم أى أسامى الشركاء، ويجعلها بطاقات ويطوى كل بطاقة، ويجعلها أشبه البندقة، ويدخلها فى طين، ثم يخرجها، ثم يدلكها، ثم يجعلها فى وعاء، أو فى كمه، ثم يخرج واحدا بعد واحد، ويقرع لتطيب القلوب، فالأول ممن خرج اسمه أولا، والثانى لمن خرج ثانيًا، والثالث لمن خرج ثالثًا إلى أن ينتهى إلى الأخير.

قال ابن الشيخ فى "شرح الوقاية": ويكتب أسماءهم على القرعة أو غيرها، ويبدأ القسمة من أى طرف كان، فإن جعل الطرف الشرقى، أول يجعل ما يليه ثانيًا، ثم ما يليه ثالثًا، فيخرج القرعة المكتومة، فيعطى السهم الأول لمن خرج اسمه فيها أول، والثانى لمن خرج اسمه ثانيًا، والثالث ثالثًا بلا

من هؤلاء

أساميهم ويقرع، فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول، ومن

خرج ثانيًا فله الثاني، ولا يدخل[١] في القسمة الدراهمُ إلا

وبينهم أي لأحد الشركاء

برضاهم، فإن[٢] قسم ولأحدهم مسيل أو طريقٌ

ذلك، الجملة حالية صرفه عنه

في ملك الآخر، لم يشترط في القسمة صُرف عنه إن أمكن،

أي وإن لم يمكن صرفه عنه

وإلا فسخت القسمة.

حاجة إلى إخراج قرعة، إذ بقي به سهم واحد بلا منازع، هذا في السهام المتساوية ظاهر.

وأما إن كانت متفاوتة بأن كان لأحدهم مثلا نصف، وللثاني سدس، وللثالث ثلث، فيجعل السهام ستة، فإن خرج في القرعة الأولى اسم من له الثلث اتفاقًا، فله سهمان: أحدهما: هو الملقب بالأول في طرف شرقي، والآخر: ما يليه تتميما لحقه.

ثم إن خرج في الدفعة الثانية اسم من له النصف، فله ثلاثة أسهم على الاتصال، فيبقى سهم واحد لمن له السدس بلا حاجة إلى إخراج آهـ، وليس في القرعة معنى القمار؛ لأن أصل الاستحقاق ليس بمتعلق بالقرعة حتى لو عين لكل نصيبا من غير إقراع جاز؛ لأنه في معنى القضاء، فيملك الإلزام وقد استعملها يونس عليه الصلاة والسلام مع أصحاب السفينة. (الكشف)

(١) قوله: "ولا يدخل" في "شرح النقاية": ولا يدخل القاسم الدراهم التي ليست من الشركة في القسمة؛ لأن القسمة من حقوق الشركة، ولا شركة في الدراهم؛ لأن الجنسين المشتركين لا يقسمان، فكيف غير المشتركين إلا برضاهم، فما في القسمة من معنى المبادلة، فيجوز دخول الدراهم فيها بالتراضي دون جبر القاضي.

وصورته: دار بين جماعة أرادوا قسمتها، وفي أحد الجانبين فضل بناء وأراد بعض الشركاء أن يكون عوض البناء دراهم، وأراد الآخر أن يكون عوضه من الأرض، فإنه يجعل عوضه منها، ولا يكلف الذي يقع البناء في نصيبه أن يرد بإزاءه دراهم إلا إذا تعذر، فحينئذ له ذلك بطلبهم القسمة منهم، وعدم إمكانها دون الدراهم، واختار محمد قسمة السفل والعلو المجردين بالقيمة، وبه يفتى، يقوم كل واحد على حدة، ويقسم بالقيمة إلا أنهما صارا كالجنسين، فلا يمكن التعديل إلا بالقيمة.

(٢) قوله: "فإن" أي فإن وقع مسيل ماء، أو طريق المرور لأحدهم في نصيب آخر، والحال أنه لم يشترط ذلك في القسمة، صرف المسيل أو الطريق عنه، أي عن الآخر إن أمكن صرفه تحقيقًا لمعنى القسمة، وهو قطع الاشتراك، وإلا أي وإن لم يمكن صرفه عنه، فسخت القسمة بالإجماع؛ لاختلافهما وتستأنف؛ لأن المقصود تمليك المنفعة، ولا يكون ذلك إلا بالطريق والمسيل. (المجمع)

أى فوقه مشترك والعلو لآخر مشترك والسفل لآخر أى كل ذلك

سِفل[١] له علو، وسِفل مجرد، وعلو مجرد، قُوّم كل على حدة، وقُسم بالقيمة، ويقبل[٢] شهادة القاسمين إن اختلفوا.

مشتركان بفتح الميم أى الشركاء بعد القسمة

---

(١) قوله: "سفل" أى إذا اشترك رجلان فى سفل وعلو، أى بيت كامل، وفى سفل فقط وعلوه لآخر، وفى علو فقط وسفله لآخر، وطلبا القسمة، فصورة القسمة بينهما أن يقوم كل واحد من السفل والعلو والسفل المجرد والعلو المجرد على حدة، ويقسم بالقيمة، ولا يعتبر بغير ذلك، وهو القسمة بالذرع؛ لأن السفل يصلح لما يصلح له العلو من اتخاذه مبرء ماء أو سردابًا، أو إصطبلا، فلا يتحقق التعديل إلا بالقيمة، وهذا عند محمد، وعليه الفتوى.

وقال أبو حنيفة وأبو يوسف: يقسم بالذراع -أى يشترط تساوى الأنصباء -ذراعًا ولا يضره تفاوتها قيمة، لكن يدخل الدراهم فى القسمة للضرورة، كما مر- لأن القسمة بالذراع هى الأصل؛ لأن الشركة فى المزروع لا فى القيمة.

ثم اختلفا فقال أبو حنيفة: ذراع من سفل بذراعين من علو، وقال أبو يوسف: ذراع بذراع، فلو كان كل من علو مجرد وسفل مجرد ومركب منهما أربع أذرع مثلا، وكان قيمة العلو المجرد ثلاثة دنانير وقيمة السفل المجرد اثنى عشر، وقيمة المركب خمس عشر، وكانت الثلاثة بين ثلاثة رجال.

فعلى قول محمد: يكمل العلو المجرد بثلثى الذراع من السفل المجرد، وذراع وثلث من المركب، ثم يقرع، وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله: يكمل العلو المجرد بذراع وثلث من المركب فقط، لأن مجموع الذرعان بعد البسط على قوله: أربعة وعشرون، ثم يقرع ويأخذ من أصابه العلو المجرد ممن أصبه السفل المجرد دينارين إدخالا للنقد ضرورة، وعلى قول أبى يوسف رحمه الله: يكمل كل من المجردين بثلثى ذراع من المركب؛ لأن مجموع الذرعان بعد البسط على قوله: ستة عشر، ثم يقرع ويأخذ من أصابه العلو المجرد ممن أصابه السفل المجرد أربعة دنانير ونصف دينار، وهذا ما حصل لذهنى القاصر من عباراتهم، فليراجع. (الكشف)

(٢) قوله: "ويقبل" أى إذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه، فشهد القاسمان أنه استوفى حقه، تقبل شهادتهما، سواء كان من جهة القاضى أو من غيره، خلافًا لمحمد، فإن عنده لا تقبل، وهو قول أبى يوسف أولا، وبه قالت الأئمة الثلاثة؛ لأنها شهادة على فعل نفسهما، فأورثت التهمة، وهذا إذا قسمه مجانًا، ولا يجبر أن لهما نفعًا.

قال الطحاوى: إذا اقتسما بأجر لا تقبل الشهادة إجماعًا، وقيل: الخلاف فى الكل، وهو الأصح، فلذا أطلق فى الكتاب.

ولنا أنهما شهدا على فعل غيرهما، وهو الاستيفاء لا على فعل نفسهما، وهو التمييز؛ لأنه لا حاجة إلى الشهادة عليه، ولا تقبل شهادة قاسم واحد؛ لأن شهادة الفرد غير مقبولة على الغير. (الزيلعى والمجمع والكشف)

أي أحد الشركاء حالية
ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئًا في يد صاحبه، وقد
أولا أي باستيفاء نصيبه في دعواه أو إقرار الخصم ونكوله المدعى المذكور حقي
أقرّ بالاستيفاء، لم يصدق[(١)] إلا ببينة، وإن قال: استوفيت
أنت مني يعني القول قول خصمه مع يمينه
وأخذتَ بعضه، صدق[(٢)] خصمه بحلفه، وإن لم يقرّ
أشاربه إلى ما في يد صاحبه أي نصيبه نصيبي في شريكه
بالاستيفاء، وادعى أن ذا حظّه، ولم يسلم إليّ وكذّبه شريكه،
هو الذي لا يدخل تحت تقويم المقومين
تحالفا[(٣)] وفسخت القسمة، ولو ظهر غبن فاحش في القسمة
بعد القسمة كنصف ما في يده أي بقسط المستحق
تُفسخ[(٤)]، ولو استحق[(٥)] بعض شائع من حظّه رجع بقسطه في

(١) قوله: "لم يصدق" لأن القسمة من العقود اللازمة، والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها، فلا يقبل إلا بحجة، وإن يقم بينة استحلف الشركاء؛ لأنهم لو أقروا بذلك لزمهم، فإذا أنكروه حلفوا عليه، ومن حلف منهم لم يكن عليه سبيل.

ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه من نصيب المدعي، فيقسم على قدر حقهما؛ لأن نكوله حجة على غيره، وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا؛ لأنه مناقض، وإليه أشار من بعد حيث شرط للتحالف أن لا يشهد على نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان؛ لأن دعواه لم تصح للتناقض، فإذا امتنع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض، فكذا هنا؛ لأنه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء، فوجب أن لا تقبل دعواه. (الزيلعي)

(٢) قوله: "صدق" أي لو قال: استوفيت حقي، وأخذت بعضه، كان القول قول خصمه مع يمينه؛ لأنه يدعي عليه الغصب، وهو ينكر، فالقول قول المنكر. (الزيلعي)

(٣) قوله: "تحالفا" أي وإن قال: قبل أن يقر بالاستيفاء أصابني من ذلك كذا إلى كذا، ولم يسلم ما أحد ابني من حقي علي، وكذّبه الآخر تحالفًا، وفسخت القسمة؛ لأن الاختلاف في مقدار ما حصل له بالقسمة، فصار نظير الاختلاف في مقدار البيع. (المجمع)

(٤) قوله: "تفسخ" وهذا إذ كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر؛ لأن تصرفه مقيّد بالعدل والنظر، وأما إذا كانت بالتراضي، فقد قيل لا يلتفت إلى قول من يدعيه؛ لأنه دعوى الغبن، ولا معتبر به في البيع، فكذا في القسمة لوجود التراضي، وقيل: تفسخ هو الصحيح، ذكره في الكافي؛ لأن شرط جوازها المعادلة، ولم توجد فوجب نقضها. (الزيلعي والدرّ)

(٥) قوله: "ولو استحق" أي إذا تمت القسمة، وأفرز كل واحد من الشريكين، ثم استحق بعض غير معين في نصيب أحدهما، بأن كانت الدار بينهما نصفين، واستحق نصف نصيب أحدهما، رجع المستحق فيه بسقطه، أي يرجع نصيبه وهو ثمن جميع الدار على شريكه، ولا تفسخ القسمة يعني جبرًا

حظّ شريكه، ولا تُفسخ القسمة، ولو ظهر[١] في التركة دينٌ، والقسمة ردت[٢].

ولو تهائيا[٣] في سكنى دار أو دارين، وخدمة عبد أو

على المستحق منه، شاء أو لم يشأ، بل له الخيار إن شاء رجع بذلك في نصيب صاحبه، وإن شاء رد ما بقي، واقتسما، وظاهر عبارة المؤلف أن هذا حتم لكن المراد ما ذكرناه.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تفسخ لوجود شريك ثالث، فبطل القسمة بدون رضاه، كما إذا استحق بعض شائع في النصيبين، وهذا لأن باستحقاق شائع ينعدم معنى القسمة، وهو الإفراز؛ لأنه لا يوجبُ الرجوع في نصيب الآخر بحصته شائعًا بخلاف المعين.

ولهما أن معنى الإفراز لا ينعدم باستحقاق جزء شائع في نصيب أحدهما، ولهذا جازت القسمة على هذا الوجه في الابتداء، بأن كان النصف المقدم مشتركًا بينهما وبين ثالث والنصف الآخر بينهما، لا شركة بغيرهما فيه، فاقتسما على أن أحدهما لهما من المقدم وربع المؤخر، (كأن اشترى زيد ربع الأرض، واشترى بكر وعمرو ربعها الآخر، واقتسموا بجملتهم مع البائع مناصفة، فوقع النصف المقدم لهم، والنصف المؤخر للبائع، ثم اشترى بكر وعمرو من البائع النصف المؤخر) فكذا في الانتهاء، وصار كاستحقاق شيء معين، بخلاف الشائع في النصيبين لتضرر الثالث بتفرق نصيبه في النصيبين. (الكشف مع زيادة)

(١) لا توجد هذه المسألة في نسخة من النسخ المعتمدة عندنا، ولا في شرح من الشروح، وإنما هو في بعض النسخ الغير المعتمدة، وبيّنه صاحب "التكملة" و"الزيلعي" في الفروع. (عز)

(٢) قوله: "ردت" أي لو اقتسم التركة، ثم ظهر فيها دين محيط، قيل للورثة: اقضوا دين الميت، فإن قضوه صحت القسمة، وإلا فسخت؛ لأن الدين مقدم على إرث، فيمنع وقوع الملك لهم فيها إلا إذا قضوا الدين، أو أبرأ الغرماء، فحينئذٍ تصح قسمتهم لزوال المانع.

ولو كان الدين غير المستغرق، فكذلك الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة، إلا إذا بقي من التركة ما بقي من الدين، فحينئذٍ لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة. (الزيلعي)

(٣) قوله: "تهائيًا" التهايؤ تفاعل من الهيئة، وهو أن يتواضعوا على أمر، فيتراضوا به حقيقة أن كلا منهم رضي لهيئة واحدة، ويختارها، والفرق بين القسمة والتهايؤ أن الأول يجمع المنافع في ضمان واحد، والثاني يجمع على التعاقب، ويجري فيه جبر القاضي، كما في القسمة فيما يحتملهما.

وشرعًا: قسمة المنافع، والقياس أن لا تجوز؛ لأنهما مبادلة المنفعة بجنسها، لكنها جازت استحسانًا بالإجماع. (المجمع بحذف وتغيير)

أى ولو تهائيًا فى...إلخ
عبدين، أو غلة دار أو دارين صح[١]، وفى غلة عبدٍ أو عبدين،
أى أو تهائيًا فى لبن...إلخ
أو بغل وبغلين، أو ركوب بغل أو بغلين، أو ثمرة شجر، أو لبن
أى لا يصح فى المسائل الثمان
غنم لا[٢].

---

(١) قوله: "صح" اعلم أن التهايؤ إما بحسب الزمان، أو المكان، فالتهايؤ بحسب الزمان أن تناوبا من حيث الزمان، أى ينتفع أحدهما فى زمان، وثانيهما فى زمان، والتهايؤ بحسب المكان هو أن يتناوبا بحسب المكان، أى ينتفع أحدهما بمكان وثانيهما بمكان آخر.

إذا عرفت فاعرف أن المسائل ست: الأولى: أن يتهيّئ فى سكنى دار واحدة زمانًا، بأن يسكن هذا شهرًا وذا شهرًا، أو مكانًا، بأن يسكن هذا بعضًا وذا بعضًا، والثانية: أن يتهائيا فى سكنى دارين بأن يسكن كل واحد دارًا.

والثالثة: أن يتهائيا فى خدمة عبد بأن يخدم هذا يومًا وهذا يومًا، والرابعة: أن يتهائيا فى خدمة عبدين بأن يخدم هذا العبد هذا، وهذا، والخامسة: أن يتهائيا فى غلة در، بأن يأخذ هذا شهرًا، وهذا شهرًا، والسادسة: أن يتهائيا فى غلة دارين بأن يأخذ هذا غلة هذه، وهذا غلة هذه، ويصح التهايؤ فى هذه الوجوه الست.

فالأول يجوز بالاتفاق؛ لأن القسمة على هذا الوجه جائزة، فكذا المهايأة، وقيل: يجوز عنده بالتراضى، ولا يجبر اعتبارًا بالقسمة، وعنه أنه لا يجوز التهايؤ أصلا لا بالجبر، ولا بالتراضى؛ لأنه يصير مع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة، وذلك لا يجوز.

والثانى أيضًا يجوز بالاتفاق، وكذا الثالث بالاتفاق، والرابع على الأصح، وعن أبى حنيفة رحمه الله: أنه لا يجوز إلا بالتراضى؛ لأن قسمة الرقيق لا يجرى فيها الجبر عنده، فكذا منفعة، والأصح أن القاضى يهايئ بينهما جبرًا بطلب أحدهما.

والخامس يجوز باتفاق، ولو زادت غلة الدار الواحدة فى نوبة أحدهما على الغلة فى نوبة الآخر يشتركان فى الزيادة تحقيقًا للتعادل بخلاف الزيادة فى المنافع، وبخلاف الزيادة فى غلة إحدى الدارين حيث لا يشتركان فيها؛ لأنه يحمل على القرض. (عز)

(٢) قوله: "لا" أى لا يجوز فى هذه الوجوه التمكنية الأول لا يجوز بالاتفاق؛ لأنه لا يتأتى إلا زمانين، فيتوهم تغيره، بخلاف التهايؤ فى خدمة لجريان المسامحة فيها الثانى لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله؛ لأن التهايؤ فى الخدمة جوز للضرورة، ولا ضرورة فى الغلة؛ لأنه يمكنه قسمتها.

وقالا: يجوز لإمكان التعادل بينهما، الثالث لا يجوز بالاتفاق، والرابع لا تجوز عند أبى حنيفة خلافًا لهما، والخامس والسادس على الخلاف، والسابع والثامن لا يجوز بالاتفاق؛ لأنها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها، فلا حاجة إلى التهايؤ بخلاف لبن آدم حيث يجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين، فتهائيان أن ترضع أحدهما ولد أحدهما، والأخرى ولد الآخر جاز؛ لأن لبن بنى آدم لا قيمة له، فجرى مجرى المنافع. (العينى)

كتاب[1] المزارعة[2]

هى عقد على الزرع ببعض الخارج[3]، وتصح[4] بشرط

(١) قوله: "كتاب" قال السيد الحموى: المناسبة بين الكتابين أن للزراعة شرعت للتحصيل منفعة الملك، وهى النماء، كما أن القسمة شرعت لذلك؛ إلا أن القسمة أعم؛ لأنها تجرى فى العقار وغيره، والمزارعة تختص بالأراضى، فلذا أخرها عن القسمة، أو أن خارجها تقع فيه القسمة، أو أنها بعد قسمة الأرض يحتاج إليها. (ط)

(٢) قوله: "المزارعة" هى لغةً: مفاعلة من المزارعة، وهى إنبات لقوله تعالى: ﴿أَنْتُمْ تَزْرَعُونَه﴾ ونسبتها إلى غيره سبحانه مجاز من إسناد الفعل إلى السبب، وهو الحرامة، وهى إثارة الأرض للزراعة، وما يستتبت بالبذر يسمى زراعًا أيضًا، تسمية بالمصدر، وإنما عبّر عنهما بالمفاعلة التى يقتضى الفعل من الجانبين؛ لأن إعانة الفعل من إعطاء البذر، والآلة بمنزلة الفعل، كالمضاربة، وتسمى المضارعة مخابرة أيضًا من الخبرة النصيب، أو من خيبر؛ لأنها أول ما دفعت إليهم.

وشرعًا: ما بيّنه الشيخ، وهى فاسدة عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وقالا: جائزة؛ لما روى: «أن النبى ﷺ عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زراع»، أخرجه الجماعة إلا النسائى.

ولأنه عقد شركة بين العمل والمال كالمضاربة، والجامع دفع الحاجة، فإن ذا المال قد لا يهتدى إلى العمل، والقوى عليه لا يجد المال.

قلنا: معنى الإجارة فيها غالب بدليل اشتراط التأقيت، فلا تقاص على المضاربة، ولأبى حنيفة رحمه الله ما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة -وهى المزارعة-»، رواه مسلم من حديث جابر ورافع بن خديج، ورواه ابن أبى شيبة من حديث زيد بن ثابت رفعه كل من الثلاثة.

ولأنه استئجار ببعض ما يخرج من عم، فكان فى معنى قفيز الطحان، ولأن الأجر مجهول -على تقدير وجود الخارج، فإنه لا يعلم، أو شرط من نحو الثلث أو الربع يبلغ مقدار عشرة أقفزة، أو أقل أو أكثر أو معدوم- على تقدير أن لا يخرج من الأرض شىء- ومعاملة عليه الصلاة والسلام أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق الصلح، إلا أن الفتوى على قولهما لظهور تعامل الأمة بها.

قيل: التعامل على خلاف النص باطل، قلنا: النصوص الواردة فى المجتهدات صور النصوص، وإلا لم يحل لأحد الخلاف فيها، أو تحملها على ما إذا شرط شرطًا فاسدًا. (الكشف وحاشيته)

ثم اعلم أن أبا حنيفة فرع مسائل المزارعة والمعاملة على أصولهما، ثم علم أن الناس لا يأخذون بقوله فيهما، كذا فى "الفصول العمادية"، والأظهر أن صحة المزارعة رواية عنه، والمسائل متفرعة عليهما، إلا أنه اختار فسادها، وأخذ أصحابها برواية صحتها. (شرح النقاية)

(٣) هو فضل أخرج سائر العقود والمساواة؛ لأنها عقد على بعض الثمرة.

(٤) قوله: "وتصح" أى لا تصح المزارعة إلا بالشروط التى فصّلها الشيخ: منها: أن تكون

صلاحية الأرض للزراعة، وأهلية العاقدين (وهما رب الأرض والمزارع)، وبيان المدة، وربّ البذر وجنسه، وحظّ الآخر (أي نصيبه)، والتخلية بين الأرض والعامل والشركة فى الخارج (من الأرض عند حصوله)، وأن[1] تكون الأرضُ والبذر لواحد،

الأرض صالحة للزراعة؛ لأن المقصود هو الربح، وهو لا يحصل دونه، ومنها: أن يكون العاقدان أهلا للعقد، بأن يكون كل واحد منهما حرّا عاقلا بالغًا، أو عبدًا أو صبيّا مأذونين، وهذا الشرط لا اختصاص له بهذا العقد، بل جميع العقود كذلك.

ومنها: أن يبين المدة التى فيها من الزراعة، فتفسد بما لا يتمكن فيهامنها، وبما لا يعيش إليها أحدهما غالبًا؛ لأن العقد يرد على منفعة رب الأرض إن كان البذر من جهة العامل، وعلى منفعة العامل إن كان البذر من جهة رب الأرض، والمنفعة هنا لا يعرف مقدارها إلا ببيان المدة، فكان معيادًا للمنفعة.

ومنها: بيان مَن عليه البذر، وإنما شرطناه إعلامًا للمعقو عليه، وهو منافع الأرض، أو منافع العامل؛ لأن جهالته تفضى إلى المنازعة، فاشتراط هذا الشرط إنما هو لبيان المعقود عليه، وهى المنافع؛ لأنها مختلفة محلا، فقد تكون منافع الأرض، وقد تكون منافع العامل، وإنما يتعين أحد النوعين بتعين صاحب البذر، فإن كان هو العامل فالمعقود عليه منافع الأرض، أو هو صاحب الأرض، فالمعقود عليه منافع العامل.

ومنها: بيان جنس البذر ليصير الأجر معلوما؛ لأنه منه، ومنها بيان نصيب الآخر، وهو غير رب البذر؛ لأنه أجرة عمله، أو أرضه، ومنها أن يخفى بين الأرض والعامل ليتمكن من العمل، فلو شرط عمل رب الأرض مع العامل لا يصح لفوات التخلية.

ومنها: كون الخارج مشتركًا بين العاقدين، لتحقق المعنى المقصود من الزراعة،. وهو الشركة؛ لأنها انعقدت إجازة فى الابتداء، وشركة فى الانتهاء، فلو شرط لأحدهما قفزان مسماة تفسد؛ لأنه يؤدى إلى قطع الشركة فى البعض، أو فى الكل إذا لم تخرج الأرض أكثر من ذلك، وكذا إذا شرط أن يدفع قدر بذره.

ومنها: أن توجه صورة من صور الثلاث التى فصلها الشيخ بقوله: أن تكون... إلخ. (عز)

(١) قوله: "وأن" أى يشترط لصحة المزارعة أن توجه صورة من هذه الصور الثلاث؛ لأن من جوزها إنما جوزها على أنها إجارة، ففى الصورة الأولى يكون صاحب البذر والأرض مستأجرًا للعامل، وبقره تبع له لاتحد منفعتهما؛ لأن البقر آلة له، فصار كمن استأجر خيّاطًا ليخيط له بإبرته، أو صبّاغًا ليصبغ له ثوبًا بصبغ من عنده، وللأجير ما يقابل عمله دون الآلة فيجوز.

والأصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر، فتخرج السائل على هذا، كما رأيت، وفى الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجرًا للأرض بأجر معلوم من الخارج، فيجوز كما إذا استأجرها بدراهم فى الذمة، وفى الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجرًا للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلوم من الخارج، فيجوز كما إذا استأجرها خيّاطًا ليخيط له قميصا بإبرة من عند صاحب الثوب، أو طيّانًا ليطين

والبقر والعمل لآخر، أو تكون الأرض لواحد، والباقى لآخر، أو يكون العمل من واحد، والباقى لآخر، فإن كانت[1] الأرض والبقر لواحد، والبذر والعمل لآخر، أو كان البذر لأحدهما، والباقى لآخر، أو كان البذر والبقر لواحد، والباقى لآخر، أو شرطا[2] لأحدهما قُفزانا[3] مسماة، أو على المأذيانات[4] والسواقى، أو أن يرفع رب البذر بذره، أو أن يرفع الخراج،

هو البذر والبقر والعمل — هو البذر والبقر والأرض — أى المتعاقدان — أى أو شرطان أن يرفع...إلخ

له بمرّ من المستأجر. (الزيلعى بزيادة)

(١) قوله: "فإن كانت" لـمّا بيّن شروط الجواز فى الزراعة شرع يبين الشروط المفسدة لهما، أما الأول: وهو ما إذا كانت الأرض والبقر لواحد، والعمل والبذر لآخر، فلأن صاحب البذر استأجر الأرض، واشترط البقر على صاحب الأرض، ففسدت؛ لأن البقر لا يمكن أن يجعل الأرض؛ لأن منفعة البقر الشق، ومنفعة الأرض الإنبات، وبينهما اختلاف، وشرط التبعية الاتحاد.

وأما الثانى: وهو ما إذا كان البذر لواحد، والباقى لآخر وهو البقر والأرض؛ فلأن العامل أجيره، ولا يمكن أن تكون الأرض تبعًا له لاختلاف منفعتهما، ووجهه تقدم.

وأما الثالث: وهو ما إذا كان البذر والبقر لواحد، والباقى لآخر، وهو العمل والأرض، فلما ذكرنا أن الأرض لا يمكن جعلها تبعًا لعمله لاختلاف المنافع، ففسدت المزارعة.

قال الشارح: وهنا وجه آخر لم يذكره فى الكتاب، وهو أن يكون البقر من واحد، والباقى من آخر، قالوا: هذا فاسد، وينبغى أن يجوز بالقياس على العامل وحده، أو على الأرض وحدها، والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة، وإنما تركناه بالأثر، وفى هذا لم يرد أثر... اهـ. (التكملة)

(٢) قوله: "شرطا" هذه الصور أيضًا من صور الفساد، وأما إذا شرطا لأحدهما قفزانًا مسماة، أو ما على المأذيانات والسواقى، أو أن يرفع رب البذر بذره، أو أن يرفع الخراج، كلما بينا أنه يؤدى إلى قطع الشركة فى البعض المسمى، أو فى الكل.

وشرط صحتها أن يكون الخارج كله مشتركًا بينهما، والمراد بالخراج هنا هو الموظف، بأن كان الموضوع على الأرض دراهم مسماة، أو قفزانًا مسماة، أو منهما، وأما إذا كان الخراج خراج مقاسمة، بأن كان الموضوع عليها نصف الخارج أو ثلثه، أو نحو ذلك من الجزء الشائع، فلا يفسد اشراط رفعه؛ لأنه يؤدى إلى قطع الشركة. (الزيلعى)

(٣) جمع قفيز وهو اسم لمقدار معلوم وهو ثمانية مكاكيك.

(٤) جمع مأذيان، وهو فارسى معرب، وهو أصغر من النهر، وأعظم من الجدول.

المزارعة فى هذه الوجوه السبعة
والباقى بينهما، فسدت، فيكون الخارج لرب[١] البذر،
إن كان المشروط عليه العمل — إن كان البذر من قبل العامل — و أجر المثل
وللآخر[٢] أجر مثل عمله، أو أرضه، ولم يزد[٣] على ما شرطا،
لصحة الالتزام — على العمل
وإن[٤] صحت فالخارج على الشرط، فإن لم يخرج شىء، فلا
شىء للعامل.
امتنع العامل على ما التزم من العمل — المزارعة
ومن أبى عن المضى أجبر[٥] إلا رب البذر، وتبطل[٦] بموت

---

(١) قوله: "لرب" لأنه صار ملكه، واستحقاق الآخر، وقد كان بالتسمية، وقد فسدت. (الكشف)

(٢) قوله: "وللآخر" لأن رب البذر استوفى المنافع بعقد فاسد، فيجب ردها، وقد تعذر، ولا مثل لها غير قيمتها. (الكشف)

(٣) قوله: "ولم يزد" لأنه رضى بسقوط الزائد عليه، وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله، وقال محمد: عليه أجر مثله بالغًا ما بلغ؛ لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد، فيجب عليه قيمتها إذ لا مثل لها. (شرح النقاية مع زيادة)

(٤) قوله: "وإن" أى ما قلنا: من كون الخارج لرب البذر، وللآخر أجر مثل عمله، أو أرضه، كان حكم المزارعة الفاسدة، وإن وقعت المزارعة صحيحة لعدم ما ينافيها، فلا يخلو إما أن يخرج شىء أم لا، فإن خرج شىء يجب المسمى لصحة الالتزام، وإن لم يخرج فلا شىء للعامل؛ لأنها إما إجارة أو شركة، فإن كانت إجارة فالواحد فى العقد الصحيح، منها المسمى، وهو معدوم، فلا يستحق غيره، وإن كانت شركة فالشركة فى الخارج دون غيره، فلا يستحق غيره، بخلاف ما إذا فسدت الأرض، ولم تخرج الأرض شيئًا حيث يستحق أجر المثل فى الذمة، وعدم الخروج لا يمنع من وجوبه فى الذمة. (الزيلعى مع زيادة)

(٥) قوله: "أجبر" لأنها انعقد إجارة، والإجارة عقد لازم، غير أنها تفسخ بالأعذار، فإن امتنع صاحب البذر عن المضى فيها، كان معذورًا؛ لأنه لا يمكنه المضى إلا بإتلاف ماله، وهو إلقاء البذر على الأرض، ولا يدرى هل يخرج أم لا، فصار نظير ما لو استأجر أجيرًا ليهدم داره، ثم امتنع، وإن امتنع العامل أجبر على العمل؛ لأنه لا يلحقه به ضرر، فلا يفسخ من غير ضرر. (الزيلعى)

(٦) قوله: وتبطل" لأنها إجارة، وهى تبطل بموت أحد المتعاقدين إذا أعقداها لأنفسهما، وقد بيناه من قبل، وهذا إذا كان قبل الزرع، وأما بعده فالعقد باقٍ إلى استحصاد هذا الزرع استحسانًا مراعًا للحقين، فيقسم الخارج على ما شرطاه، ثم تنتقض المزارعة فيما بقى من المدة. (الزيلعى والكشف)

أي أحد المتعاقدان — أي مدة المزارعة — حالية — أي يجب عليه — يستحصد — وهو قطع الزرع

أحدهما، فإن مضت المدة والزرع لم يُدرك، فعلى(١) المزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك، ونفقة(٢) الزرع(٣) عليهما(٤) بقدر حقوقهما، كأجر(٥) الحصاد والرفاع(٦)

---

(١) قوله: "فعلى" أي يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر إلى أن يستحصد الزرع؛ لأن العقد قد انتهى بمضى المدة إلا أن فى قلعه ضررا، فبقياه بأجر المثل إلا أن يستحصد ليجب على غير صاحب الأرض بحصته من الأجرة؛ لأنه استوفى منفعة الأرض بقدره، بخلاف ما إذا مات أحدهما قبل إدراك الزرع، حيث يترك إلى أن يستحصد، ولا يجب على المزارع شيء؛ لأنا بقينا عقد الإجارة هناك استحسانًا لبقاء مدة الإجارة، فأمكن استمرار العامل، أو وارثه على ما كان من العمل، أما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة، فتعين إيجاب أجر المثل بالإبقاء، وكان العمل ونفقة الزرع، ومؤنة الحفظ وكرى الأنهار عليهما؛ لأنها كانت على العامل لبقاء العقد؛ لأنه مستأجر فى المدة، فإذا مضت المدة انتهى العقد، فيجب عليهما مؤنة قدر ملكهما؛ لأنه مال مشترك بينهما، بخلاف ما إذا مات أحدهما قبل الإدراك، حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بيناه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ونفقة" أي يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة، كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة مطلقًا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة، أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا، وأما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقًا؛ فلأن عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج إليه إلى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك، فيناهى وجوب العمل عليه يتناهى الزرع لحصول المقصود، فيبقى بعد ذلك مالا مشتركًا بينهما، فتجب مؤنته عليهما. (الزيلعى)

(٣) أي تجب على العاقدين على قدر ملكهما بعد انقضاء المدة.

(٤) قوله: "عليهما" حاصل الكلام هنا على ثلاثة أوجه، ذكرها الكرخى فى "مختصره" ما كان قبل بلوغ الزرع ما يصلح به الزرع، فهو على العامل، وما كان بعد تناهى الزرع فهو عليهما، وما كان بعد القسمة، فهو على كل واحد منهما فى نصيبه خاصة، دون صاحبه، أى هنا لفظ الكرخى رحمه الله، وذلك لأن كل ما يحتاج إليه الزرع قبل بلوغ الزرع ما يصلح به، فهو على العامل؛ لأن ذلك عمل المزارعة، وهو معقود عليه من جهة المزارع فيختص به، وكل ما يحتاج إليه بعد تناهى الزرع، فهو عليهما على قدر حصصهما، فكذلك النفقة، وما يحتاج إليه بعد القسمة، فهو على كل واحد منهما فى نصيبه؛ لأن نصيب كل واحد منهما قد تميز، فيكون مؤنته عليهما خاصة. (الشلبى)

(٥) أي كما يجب عليهما أجرًا . . . إلخ.

(٦) هو رفع الزرع بعد الحصاد إلى البيد.

من الدوس: هو دوس الزرع بالبقرة ليخرج الحب
والدياسة والتذرية[١]، فإن شرطاه[٢] على العامل
لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما
فسدت[٣].

---

(١) هي تمييز الحب الشين بالريح.

(٢) أي العمل الذى يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد وأخواته.

(٣) قوله: "فسدت" في "شرح النقاية": فإن شرط أجر الحصاد ونحوه على العامل صحّ عند أبي يوسف رحمه الله، وبه يفتى، وهذا اختيار مشايخ بلخ، قال شمس الأئمة: وهو الأصح في ديارنا، يعني لتعامل الناس بها، كذا في "الهداية"، وفسد في ظاهر الرواية، وهو القياس، وهذا بخلاف ما إذا شرطا على رب الأرض فإنه مفسد بالاتفاق؛ لعدم العرف، وكذا إذا شرطا الجذاذ على العامل، أو الحصاد على غير العامل، لا يجوز بالاتفاق لعدم التعامل.

وعن نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة هذا كله يكون على العامل شرط عليه أم لا بحكم العرف، قال شمس الأئمة السرخسي: هذا هو الصحيح في ديارنا.

هى لغةً : مفاعلة من السقى

كتاب(١) المساقاة

في العرف

هى معاقدة دفع الأشجار إلى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما، وهى كالمزارعة(٢)، وتصح(٣) فى النخل والشجر

أى المساقاة حكمًا وخلافًا وشرطًا المساقاة

(١) قوله : "كتاب" لا يخفى مناسبه، فإن كلا منهما عقد شرعى لتحصيل منفعة الملك، وحقه القديم على المزارعة لكثرة من يقول بجواز المساقاة، ولورود الأحاديث فى معاملة النبى ﷺ أهل خيبر، لكن قدمت المزارعة لشدة الحاجة إلى معرفة أحكامها، وكثرة تفاريعها ومسائلها، وهذا أولى من قول من قال : حق المساقاة التقديم، لكونها جائزة بلا خلاف، وإن كان يمكن تأويله بأن المراد نفى الخلاف عند أهل المذاهب الثلاثة، أما بين أهل المذهب، فقد وقع الخلاف فيها، فلأن أبا حنيفة رحمه الله لا يقول : بجوازها لكونها فى معنى قفيز الطحان . (الطحطاوى بتغيير)

(٢) قوله : "كالمزارعة" حتى لا تجوز عند أبى حنيفة رحمه الله، كالمزارعة، وعندهما تجوز، وشروطها عندهما شروط المزارعة فى جميع ما ذكرنا إلا فى أربعة أشياء، أحدهما إذا امتنع أحدهما يجبر عليه؛ لأنه لا ضرر عليه فى المعنى بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر إذا امتنع .

والثانى : إذا انقضت المدة يترك بلا أجر، ويعمل بلا أجر ما نبين، وفى المزارعة بأجر على ما بينا .

والثالث : إذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله، والمزارع بقيمة الزرع .

والرابع : فى بيان المدة، فإنه إذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانًا؛ لأن وقت إدراك الثمر معلوم، وقلما يتفاوت فيه، فيدخل فيه ما هو المتيقن به، وإدراك البذر فى أصول الرطبة فى هذا بمنزلة إدراك الثمار؛ لأن له نقاية معلومة، فلا يشترط فيه بيان المدة، بخلاف الزرع؛ لأن ابتداءه يختلف، والانتهاء مبنى عليه، فتدخله الجهالة الفاحشة، وبخلاف ما إذا دفع إليه غرسًا قد نبت علم يثمر بعد معاملة، حيث لا يجوز إلا ببيان المدة؛ لأنه يتفاوت بقوة الأراضى وضعفها تفاوتًا فاحشًا، فلا يمكن صرفه إلى أول ثمرة تخرج منه . (الزيلعى)

(٣) قوله : "وتصح" وقال الشافعى فى الجديد : لا تجوز إلا فى النخل والكرم، ولا تجوز المزارعة إلا تبعًا للمساقاة؛ لأن القياس يأباهما؛ لما قال أبو حنيفة رحمه الله فى المزارعة، وإنما جوّزناهما بالأثر، وهو حديث خيبر، وقد حصمهما، وله أصل فى الشرع، وهو المضاربة والمساقاة أشبه بها من المزارع، فإن فيها الشركة فى الزيادة دون الأصل، وهو التخيل كما فى المضاربة والشركة، وفى المزارعة لا يتأتى ذلك؛ لأن شرط رفع البذر مفسدا إجماعًا، فجوزنا المعاملة مقصودًا، ولم تجوز المزارعة إلا تبعًا فى ضمن المعاملة، وكم من شىء يصح تبعًا لا مقصودًا، كبيع الشرب تبعًا لبيع الأرض .

المراد منها جميع البقول
والكرم[١] والرطاب[٢] وأصول الباذنجان، فإن دفع نخلا
أى على وجه المساقاة حالية المساقاة الثمرة
فيه ثمرة مساقاةً، والثمرة تزيد بالعمل، صحت، وإن انتهت
أى لا تصح لأنه فى معنى الإجارة الفاسدة
لا[٣] كالمزارعة، وإذا فسدت، فللعامل أجر مثله[٤]،
أى بموتهما، أو بموت أحدهما المساقاة
وتبطل[٥] بالموت، وتفسخ[٦] بالعذر كالمزارعة بأن يكون

ولنا ما روى عن ابن عمر أن النبى ﷺ عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع، رواه البخارى ومسلم وجماعة أُخر، وهذا مطلق، فلا يجوز تقييده ببعض الأشجار دون بعض، ولا تكون المزارعة تبعًا للمعاملة بالرأى، وقد ورد فيه أحاديث كثيرة كلها مطلقه، فوجب أجراءها على إطلاقهما، ويحكى نصا أن أهل خيبر كانوا يعملون فى الأشجار والرطاب؛ ولأن الأصل فى النصوص أن تكون معلولة، فجاز تعديته إلى ما لا نص فيه، لا سيما عند الخصم، فإنه لا يحتاج إلى إقامة الدليل على أنه معلول. (الزيلعى)

(١) لا يوجد هذا اللفظ فى نسخة من النسخ المعتمدة الموجودة عندنا إلا فى النسخة الأحمدية.

(٢) وإنما خصّ الرطاب وأصول الباذنجان بالذكر تنبيهًا على أنهما من أنواع الشجر؛ لأن الشجر اسم لما له ساق، ولهما ساق. (العينى)

(٣) قوله: "لا" أى إن انتهت الثمرة لا تصح كالمزارعة إذا زرع الزرع، وهو بقل جاز، ولو استحصد الزرع لا يجوز دفعه مزارعة؛ لأن العامل إنما يستحق بالعمل، ولا عمل بعد التناهى، فلو جاز بعد الإدراك لاستحق بلا عمل، ولم يرد به الشرع، ولا يجوز إلحاقه بما قبل التناهى؛ لأن جوازه قبل التناهى للحاجة على خلاف القياس، ولا حاجة إلى مثله، فبقى على الأصل. (العينى والكشف والزيلعى)

(٤) أى مثل عمله، ولم يزد على ما شرط من الثمر.

(٥) قوله: "وتبطل" لأنها فى معنى الإجارة كالمزارعة، فإن مات رب الشجر والثمر ليس مفادة أنه كان الموت قبل خروج الثمر، بأن لم يزهر، فالعقد باقٍ إلى الإدراك استحسانًا دفعًا للضرر عن العامل، وإن مات العامل، فلورثته أن يقوموا على العمل، وليس لرب الشجر منعهم؛ لأن فيه النظر من الجانبين. (الكشف وحاشيته)

(٦) قوله: وتفسخ" لأنها فى معنى الإجارة، وقد بينا أنها تفسخ الأعذار، وكونه سارقًا عذر ظاهر؛ لأنه بسرقة الثمر والسعف ما حقه ضرر، وهو مدفوع شرعًا، وكذا مرض العامل إذا كان يضعه عن العمل؛ لأنه يلحقه ضرر بإلزامه استئجار الإجراء. (الزيلعى)

يخاف على الثمر، أو الغصن منه.
العامل سارقا، أو مريضًا لا يقدر على العمل.

أى الذبائح جمع ذبيحة ، والذبيحة : اسم للشىء المذبوح

كتاب[١] الذبائح[٢]

هى جمع ذبيحة[٣] وهى اسم لما يذبح، والذبح قطع[٤] الأوداج[٥]، وحل[٦] ذبيحة مسلم وكتابى وصبى وامرأة،

---

(١) قوله : كتاب " المناسبة بين الكتابين أن المزارعة إتلاف موجود فى الحال، وهو تبذير البذر لتحصيل النفع فى المآل من الخارج، فكذا الذبح إتلاف الموجود فى الحال لينتفع باللحم فى المآل إلا أن الأول سبب لحصول الأقوات الأناسي والبهائم، وهذا سبب لحصول غذاء بعض الحيوانات، وكذا المساقاة لتحصيل الثمرات، كما أن الذبائح لتحصيل اللحم. (الشلبى)

(٢) قوله : الذبائح " شرائط الذبائح العامة فى الاختيارية والاضطرارية كون الذابح عاقلا، فلا تؤكل ذبيحة المجنون والصبى الذى لا يعقل، فإن كان الصبى يعقل الذبح، ويقدر عليه توكل ذبيحته، وكذلك للسكران، ومنها أن يكون مسلما أو كتابيا، فلا تؤكل ذبيحة أهل الشرك ولا المرتد، ولو غلامًا مراهقًا عند الإمام.

ومن شروط التسمية حاله الذبح عند ما ذكر اسم الله تعالى، أى اسم كان، ولا تشترط العربية، بل يصح بأى لسان كان، ولو يحسن العربية، ولابد من كونها من الذابح حتى لو سمى غيره لا تحل، وأن تكون عند الذبح، فلا يجوز تقديمها عليه، إلا بزمان قليل لا يمكن التحرز عنه، ووقتها وقت الرمى أو الإرسال، وأن يكون الذابح حلالا، وهذا شرط فى الاضطرارية لا الاختيارية، ومن الشروط قيام أصل الحياة وقت الذبح، قلت: أو كثرت وذكر بعض أهل الفتاوى أنه لابد من أحد شيئين: إما التحرك، وإما خروج الدم، فإن لم يوجد لا يحل. (الطحطاوى ملخّصًا)

(٣) ذكرًا كان أو أنثى، فالتاء ليست للتمييز، بل للنقل من الوصفية إلى الاسمية.

(٤) أى معنى الذبح الاختيارى فى الشرع قطع الأوداج.

(٥) جمع دوج، المراد الودجان -هما مجرى الأم- والحلقوم والمرىء، وإنما عبّر عنه باالأوداج تغليبًا، كما ورد فى الحديث. (المجمع)

(٦) قوله : " حل " أى حَل ذبيحة هؤلاء، أما المسلم فلقوله تعالى : ﴿إلا مَا ذَكّيتُمْ﴾، وأما الكِتابىْ ولو كان حربيًا، فلقوله تعالى : ﴿وَطَعَامُ الّذِيْنَ أوتُوا الْكِتَابَ حِلٌ لّكُمْ﴾ قال البخارى رحمه الله : قال ابن عباس رضى الله عنهما : طعامهم ذبائحهم.

وهو الذى يعبد الوثن، وهو الصنم

وأخرس[١] وأقلف، لا[٢] مجوسى ووثنى ومرتدٍ ومحرم،

والمسلم والكتابى فى ترك التسمية سواء

وتارك[٣] تسميّة عمداً وحلّ[٤] لو ناسيا.

ويشترط أن لا يذكر الكتابى عند الذبح غير الله، حتى لو ذكر المسيح، أو عُزيرًا، لا يحل ذبيحته، وأما البقية فلإطلاق قوله تعالى: ﴿إلا مَا ذَكَّيتُمْ﴾، فيحلّ إن كان يعقل التسمية والذبيحة، ويضبط - أى يقدر على فرى الأوداج ويحسن القيام به- وإلا فلا يحل؛ لأن التسمية على الذبيحة شرط بالنص، وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرنا.

(١) لأنه عاجز عن الذكر، فيكون معذورًا، أو تقوم الملة مقامه كالناسى، بل أولى؛ لأنه ألزم.

(٢) قوله: "لا" أى لا يحل ذبيحة هؤلاء، أما المجوسى فلقوله عليه الصلاة والسلام: «سنّوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نساءهم ولا آكلى ذبائحهم»، أخرجه عبد الرزاق وابن أبى شيبة مرسلا بلفظ أن النبى ﷺ كتب إلى مجوس هجر يعرض عليه السلام، فمن أسلم قبل منه، ومن لم يسلم ضربت عليهم الجزية غير ناكحى نساءهم ولا آكلى ذبائحهم، قال البيهقى: قد تأكد هذا المرسل بالإجماع؛ لأنه لا يدعى التوحيد، فانعدمت الملة اعتقادًا و دعوى.
وأما الوثنى فلأنه مثل المجوسى فى عدم دعوى التوحيد، وأما المرتد فلأنه لا ملة له؛ لأنه لا يقر على ما انتقل إليه، وأما المحرم فالمراد ذبيحة محرم فى حق الصيد؛ لأن ذبيحته فى غير الصيد تؤكل؛ لأن فعله فيه مشروع، بخلاف الصيد؛ لأن فعله فيه غير مشروع، وكذا الحلال صيد الحرم (عز)

(٣) قوله: "تارك" أى لا يحل ذبيحة من ترك التسمية حال كونه عامدًا، وقال الشافعى رحمه الله: متروك التسمية عمدا؛ لأنها عنده سنة، لما رواه الدارقطنى عن مروان ابن سالم عن الأوزاعى عن يحى بن أبى كثير عن أبى سلمة عن أبى هريرة، قال: سأل رجل النبى ﷺ الرجل منّا يذبح وينسى أن يسمى الله تعالى، قال: اسم الله على قلب كل مسلم، وفى لفظ: على فما كل مسلك.
قلنا: مروان بن سالم ضعيف، ضعّفه الدارقطنى وابن قطان وابن عدى وأحمد والنسائى على ما فى المحيط، فأما ما رواه أبو داود فى المراسيل عن عبد الله بن داود عن ثور بن يزيد عن الصلت عن النبى ﷺ، قال: «ذبيحة المسلم حلال ذكر اسم الله أو لم يذكر»، فقد قال ابن قطان: فيه مع الإرسال أن الصلت السدوسى لا يعرف له حاله، ولا يعرف بغير هذا الحديث، ولا روى عنه غير ثور بن يزيد.
ولنا إطلاق قوله تعالى: ﴿وَلا تَأكُلُوا مِمّا لَمْ يَذْكُرِ اسْمَ اللهِ عَلَيهِ وَإِنّه لَفِسْقٌ﴾ أى وإن الذى لم يذكر اسم الله عليه حرام؛ لأن الفسق هو الخروج عن الطاعة، وأن مطلق النهى يقتضى التحريم.
وما أخرجه أصحاب الكتب الستة عن عدى بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله! إنى أرسل كلبى واحد معه كلب آخر، لا أدرى أيهما أخذه، قال: لا تأكل ذلك، فإنك إنما سميت على كلبك، ولم تسمّ على الكلب الآخر، ووجه الدلالة أنه علّل الحرمة بترك التسمية عمدًا. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وحل" أى وحل المزكى لو ترك التسمية ناسيًا؛ لأن النسيان مرفوع الحكم عن الأمة بقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان»، ولأن فى اعتباره حرجًا؛ لأن الإنسان كثير

أي وكره أيضًا — أي غير اسم الله

وكره(١) أن يُذكر مع اسم الله غيره، وأن يقول عند

أي إضجاع المذبوح — هذا القول — أو مني

الذبح: اللّهم تقبّل من فلانٍ، وإن قال: قبل التسمية والإضجاع

ولا يكره — كله وسطه أو أعلاه وأسفله

جاز، والذبح(٢) بين الحلق واللَّبّة، والمذبح(٣) المرئى والحلقوم

النسيان، والحرج مرفوع فى الشرع حق المسألة خلاف مالك مستدلا بظاهر قوله عليه السلام لعدى: «إذا رميت سهمك فاذكر الله عليه»، والجواب ظاهر، كما تقدم. (شرح النقاية مع زيادة)

(١) قوله: "وكره" وهذا النوع على ثلاثة أوجه: أحدها: أن يذكره موصولا من غير عطف، فيكره، ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول: باسم الله محمد رسول الله بالرفع؛ لأن اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف، فيكون مبتدأ، لكن يكره لوجود الوصل صورة، وإن قال بالخفض لا يحل، وكره فى "النوازل".

وقال بعضهم: هذا إذا كان يعرف النحو، والأوجه أن لا يعتبر الإعراب، بل يحرم مطلقًا بالعطف؛ لأن كلام الناس اليوم لا يجرى عليه، ومن هذا النوع أن يقول: اللّهم تقبل من فلان؛ لأن الشركة لم توجد، ولم يكن الذبح واقعًا عليه، ولكن يكره لما ذكرنا.

والثانى: أن يذكر موصولا على سبيل العطف والشركة، نحو أن يقول: باسم الله واسم فلان، أو باسم الله وفلان، أو بسم الله ومحمد رسول الله بالجر، فتحرم الذبيحة؛ لأنه أهلّ به لغير الله تعالى، وقد قال الله تعالى: ﴿وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللهِ﴾، وقال عليه الصلاة والسلام: «موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح»، ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل؛ لأنه مبتدأ، واختلفوا فى النصف، ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة.

والثالث: أن يقول: مفصولا عنه صورةً ومعنًى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة، أو قبل التسمية، أو بعد الذبح: اللّهم تقبّل هذا منى، أو من فلان، هذا لا يكره، لما روى أنه ﷺ قال بعد الذبح: «اللّهم تقبّل هذا عن أمة محمد»، فمن شهد لك بالوحدانية ولى بالبلاغ. (الزيلعى)

(٢) قوله: "والذبح" أى وزكاة الاختيار ذبح بين الحلق واللبة -بفتح اللام وتشديد الباء الموحدة- أى الصدر لما روى أنه عليه اصلاة والسلام بعث مناديًا ينادى فى مجامع منى ألا أن الزكاة فى الحلق، رواه الدارقطنى. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "والمذبح" أى موضع الذبح الذى يستحق قطعه أربعة أشياء، وهى المرى -بفتح الميم وكسر الراء- وهو مجرى الطعام والشراب، وهو رأس المعدة والكرش اللازم بالحقوم، والحلقوم وهو مجرى النفس، سواء كان الذبح فى وسطه أو فى أعلاه، أو فى أسفله بعد أن يكون فيه، حتى لو ذبح أعلى من الحلقوم، أو أسفل منه يحرم؛ لأنه ذبح فى غير الذبح، والودجان وهما مجرى الدم.

وقال الشافعى رحمه الله: يكتفى بالحلقوم والمرى، ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «أفر الأوداج مما شئت»، أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه، وأقل الجمع ثلاثة، فيتناول المرى والودجين، ولا يمكن قطع هذه الثلاثة إلا بقطع الحلقوم، فيثبت اقتضاء (عز)

من هذه الأربعة أي ثلاث كانت | واصل بما قبله
والودجان، وقطع(١) الثلث كافٍ(٢) ولو(٣) بظُفر وقَرن وعَظمٍ وسِنّ منزوع ولـيطةٍ(٤) ومَـرْوة(٥)، و(٦) مـا أنهـر (أسال) الدم إلا سنّا وظُفرًا قائمين، وندب(٧) (استحب) حدّ(٨) الشفرة (وهي السكين العريض)، وكـره النخعُ(٩) وقطع

(١) الفـرى القطع للإصـلاح، والإفـراء للإفسـاد، وصاحب القـامـوس عـمّم الإفـراء والفـرى للإصلاح والإفساد، وفي "المغرب": قدحا فرى يعني أفرى إلا أنه لم يسمع في الحديث. (حاشية الكشف)

(٢) قوله: "كافٍ [في الجواز]" عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا، ثم رجع إلى أنه لا بد من قطع الحلقوم والمرىء، وأحد الودجين، وعن محمد لابد من قطع أكثر كل واحد من قطع الحلقوم والمرى وأحد الودجين، وعن محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من الأربعة، وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن كل فرد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره، وقد ورد الأمر بقطعه.

ولأبي يوسف أن المقصود من قطع الودجين إنهار الدم، فينوب أحدهما عن الآخر، ولأبي حنيفة الأكثر يقام مقام الكل في كثير من الأحكام، ويحصل بأى ثلاث منهما إنهار الدم، وفيه أن أكثر الشيء يقوم مقام كله إلا أكثر الأشياء، وبهذا يتبين أن الأظهر قول محمد. (شرح النقاية)

(٣) قوله: ولو" أي يجوز الذبح بهذه الأشياء، وقال الشافعي: لا يجوز، والمذبح بهذه الأشياء ميتة، لا يحل أكلها، لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل ما أنهر الدم وأفرى الأوداج ما خلا الظفر والسن فإنها مدى الحبشة»، وبه قال أحمد.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «أنهر الدم أو أسله»، ويروى: «أفر الأوداج بما شئت»، وما رواه محمول على غير المنزوع، فإن الحبشة كانوا يفعلون ذلك إظهارًا للجلد، وإنما يكره لأنه استعمال جزء آدمي. (العيني والكشف)

(٤) بالجر عطفًا على قوله: بظفر.

(٥) حجر فيه حدة.

(٦) عطف على ما قبله من المجرورات.

(٧) قوله: وندب" لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليجد أدكم شفرته وليرح ذبيحته»، رواه الجماعة إلا البخاري. (الكشف وحاشيته)

(٨) قبل الإضجاع وكره بعده.

(٩) قوله: "وكره النخع" هو أن يصل إلى النخاع، وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة، وإنما كره ذلك لنهيه عليه الصلاة والسلام عن نخع الشاة إذا ذبحت، وتفسيره ما ذكرنا، وقيل: أن يمد رأسها

كالظبي إذا تألف في البيت
الرأس، والذبحُ من القفا، وذُبح(١) صيد استأنس، وجرح
مثل الغنم والإبل والبقر — أي يحصل العجز عن الوصول إليه ليذبح. — وهو قطع العروق في أعلى العنق تحت ا
نعم توحّش(٢) أو تردى في بئر، وسن(٣) نحر الإبل، وذبح
أي عكس الحكم المذكور
البقر والغنم، وكره عكسه، وحل ولم يتذكّ(٤) جنينٌ بذكاة

حتى يظهر مذبحها أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب، وكل ذلك مكروه؛ لأن في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة.

ويكره أن يجرّ ما يريد ذبحه إلى المذبح، وأن يسلخ قبل أن يبرد، لما ذكرنا، وتؤكل في جميع ذلك؛ لأن الكراهة لمعنى زيادة، وهي زيادة الألم، فلا توجب الحرمة، وكذا لو ذبحها متوجهة لغير القبلة يكره، وتؤكل؛ لأن السنة في الذبح أن يستقبل بها القبلة، هكذا روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ استقبل في أضحية القبلة لما أراد ذبحها في الذبح من القفا زيادة ألم، فيكره وتحل إذا بقيت حية حتى تقطع العروق، فتحقق الموت بما هو زكاة، وإن ماتت قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بزكاة. (الزيلعي)

(١) قوله: "وذبح" بصيغة الفعل المبني للمجهول، والجملة مستأنفة، وقرأته بصيغة المصدر، وجعل الخبر محذوفا تقديره: يوكل تكلف لا داعي إليه.

وفي "التكملة": الواو عاطفة على قوله: وحل ذبيحة مسلم وذبح صيد، يعني وحل أكل صيد استأنس بالذبح، وهو الزكاة الاختيارية لقدرته عليها.

حل أكل نعم توحش أو تردّى بالجرح لعجزه عن الزكاة الاختيارية، هذا إذا علم أنه مات من الجرح، وإن علم أنه لم يمت من الجرح، يؤكل، فإن أشكل ذلك أكل؛ لأن الظاهر أن الموت به. (عز)

(٢) أي ندّ عن أهله ودخل في البادية حيوان.

(٣) قوله: "وسنّ" في "شرح النقاية": وندب نحر الإبل وهو قطع العروق في أسفل العنق عند الصدر؛ لأن فيها لليسر؛ لأن العروق مجتمعة في المنحر، وكره ذبحها؛ لأنه خلاف السنة، وإنما حل لحصول المقصود، وهو سبيل الدم، والتعجيل، وفي البقر والغنم عكسه، فندب ذبحها؛ لأن الذبح فيهما أيسر، وكره نحوهما؛ لأنه خلاف السنة؛ لأنه ﷺ نحر الإبل وذبح البقر والغنم، وقد قال الله تعالى: ﴿فَصَلِّ لِرَبِّكَ وَانْحَرْ﴾ أي الجزور، وقال: ﴿إِنَّ اللهَ يَأْمُرُكُم أَنْ تَذْبَحُوا بَقَرَةً﴾ وقال الله تعالى: ﴿وَفَدَيْنَاهُ بِذِبْحٍ عَظِيمٍ﴾ أي مذبوح وهو كبش سمين.

(٤) قوله: "ولم يتذكّ" يعني لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها، وبهذا عند الإمام وزفر والحسن رحمهم الله تعالى، وقالا: إن تمّ خلقه أكل لقوله ﷺ: «ذكاة الجنين ذكاة أمه»، وحمله الإمام على تشبيه، أي كذكاة أمه بدليل أنه روى بالنصب، والتشبيه بهذا الطريق كثيرة، منه قوله تعالى: ﴿وَجَنَّةٍ عَرْضُهَا السَّمٰوَاتُ وَالأَرْضُ﴾ والتحقيق أن هذا التأويل إنما يصح في الرواية بالنصب إذا كان المنزوع حرف الكاف كقوله تعالى: ﴿وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ السَّحَابِ﴾، ويحتمل الباء أيضًا، لكن إن

أمه.

فصل[١] فيما يحل أكله وما لا يحل

أي صاحبه يصيد بنابه، فخرج نحواً بعير بيان لذى مخلب

لا يؤكل[٢] ذو ناب ومِخلب من السبع[٣] والطير، وحل[٤]

جعلناه الكاف لم يحل الجنين، وإن جعلناه الباء يحل، ومتى اجتمع الموجب للحل والموجب للحرم يغلب الموجب للحرمة.

وعلّل إبراهيم النخعي، فقال: ذكاة نفس لا تكون ذكاة نفسين، فإن قيل: ولو لم يحل أكله بذكاة أمه لما حلّ ذبح أمه؛ لأن في ذبحها إضاعة، وقد نهى النبي ﷺ عن إضاعة المال.

أجيب: بأن موته ليس بمتيقّن، بل يرجى إدراكه حيًا، فلا يحرم ذبح أمه، ويكره ذبح الحامل المقرب، وهي التي قربت ولادتها. (التكملة وشرح النقاية والدرّ)

(١) قوله: "فصل" لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول هنا وغير المأكول، إذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح التوسل إلى الأكل، وقدّم الذبح؛ لأنه شرط المأكول والشرط مقدم. (الشلبي)

(٢) قوله: "لا يؤكل" لما أخرجه أحمد ومسلم وأبو داود وابن ماجه وغيرهم عن ابن عباس، قال نهى رسول الله ﷺ عن أكل كل ذي ناب من السباع، وعن أكل كل ذي مخلب من الطير، فالفقرة الأولى أخرجها الجماعة عن أبي ثعلبة.

وفي رواية لمسلم كل ذي ناب من السباع حرام، والسبع كل مختطف منتهب جارح قاتل عادٍ في العادة، فذو الناب من السباع الأسد والذئب والنمر والفهد والثعلب والكلب والضبع والسنور البري والأهلي، وذو المخب من الصير، الصقر والبازي والنسر والعقاب والشاهين، والمؤثر في الحرمة الإيذاء، وهو طوراً يكون بالناب وطوراً يكون بالمخلب، أو الخبث، وهو قيد يكون خلقة، كما في الخنزير، وقد يكون عارضًا، كما في الجلالة، ومعنى التحريم تكريم بني آدم لئلا يتعدى شيء من هذه الأوصاف الذميمة إليهم بالأكل. (شرح النقاية)

(٣) بيان لذى ناب.

(٤) قوله: "وحلّ" أما غراب الزرع فلأنه يأكل الحب وليس من سباع الطير، ولا من الخبائث، وما حرمة الأبقع؛ فلأنه يأكل الجيف، فصار كسباع الطير، والغراب ثلاثة أنواع، نوع يأكل الجيف فحسب، فإنه لا يؤكل، ونوع يأكل الحب فقط، فإنه يؤكل، ونوع يخلط بينهما، وهو أيضًا يؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله، وهو العقعق؛ لأنه كالدجاج، وعن أبي يوسف أنه يكره؛ لأن غالب مأكوله الجيف، والأول أصح، وأما تحريم الضبع فهو قول سعيد بن المسيب والثوري؛ لأنه ذو ناب.

ولما في "سنن الترمذي": عن ابن حزم قال: سألت رسول الله ﷺ عن أكل الضبع، فقال: أو يأكل الضبع أحد فيه خير، رواه ابن ماجة ولفظه "من يأكل الضبع"، وحل عند الشافعي وأحمد وإسحاق.

لنا في سنن الترمذي وابن ماجه والنسائي عن عبد الرحمن بن أبي عمار: قال سألت جابراً عن

وهو ما لا يأكل الجيف أصلا — وهو الذى فيه سواد وبياض — ضرب من السباع معروف

غراب الزرع، لا الأبقع الذى يأكل الجِيف والضبع والضب

لأنه من المؤذيات — البرية والبحرية؛ لأنها من الخبائث — الذى أمه حمارة

والزنبور والسلحفاة(١) والحَشَرات(٢) والحُمُر(٣) الأهلية، والبغل

والخيل(٤) وحل(٥) الأرنب، وذبح ما لا يؤكل يطهّر(٦) لحمه،

الضبع أن أصيدها، قال: نعم، قلت: أكلهما، قال: نعم، قلت: أ شيء سمعته من رسول الله ﷺ، قال: نعم، ورواه الحاكم فى "مستدركه": عن جابر قال: قال رسول الله ﷺ: «الضبع صيد فإذا أصابه المحرم»، ففيه كبش مسن، ويؤكل، وقال: حديث حسن، ولم يخرجاه.

وقال مالك: يكره، وانتهاء المكروه عنده ما أثم باطله، ولا يقع بتحريمه، أما الضب فلأنه عليه الصلاة والسلام نهى عائشة حين سألته أكله، فجاء سائل فأرادت أن تطعمه، فقال عليه الصلاة والسلام: «تطعمين ما لا تأكلين»، أخرجه محمد بن الحسن، وأخرجه أبو داود، وسكت عنه.

وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «لم يكن من طعام قومى فأجد نفسى تعافه فلا أحله ولا أحرمه»، وفى حديث أنه أكل الضب على مائدته عليه الصلاة والسلام، وفى الآكلين أبو بكر، فقد كان ذلك قبل ثبوت الحرمة، ونهيه عليه الصلاة والسلام عائشة عن التصدق دليل الحرمة، وإلا لأمرها بالتصدق به كما مر فى شاة الأنصارية، بقوله عليه الصلاة والسلام: وأطعموها الأسارى. (الكشف وشرح النقاية والزيلعى)

(١) دابة برية نهرية ولها أربع فكلائم لحتفى بين طبقتين عظيمتين صقيلتين والكبار من البحرية منها تبلغ مقدارًا عظيمًا، والجمع سلاحف. (أقرب الموارد)

(٢) قوله: "والحشرات [الصغار من الدواب جمع الحشرة كالفأرة والوزغة]" أى ولا يحل الحشرات والهوامّ والزنابير واليربوع والضفدع وغيرها؛ لأنها من الخبائث، وقال الله تعالى: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثَ﴾ لأن الطبائع السليمة يستخبثها. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "والحمر" أى ويحرم أكل لحوم الحمر الأهلية؛ لما روى: «أن النبى ﷺ حرّم لحوم الحمر الأهلية يوم خيبر»، بخلاف الوحشية، فإنها يحل أكلها، وعند مالك يحل أيضًا فى الأهلية والبغال أنه تتولد من الحمار، وإن كانت أمه فرسا كان على الخلاف المعروف فى لحوم الخيل، وإن كانت أمه بقوته يؤكل بلا خلاف؛ لأن المعتبر فى الحل والحرمة الأم فيما تولد من مأكول وغير مأكول. (المجمع)

(٤) قوله: "والخيل" أى ولا يحل الخيل عند أبى حنيفة رحمه الله أى يكره أكل لحمه لما أخرجه أبو داود والنسائى وابن ماجه عن خالد بن الوليد قال: «نهى ﷺ عن لحوم الخيل والبغال والحمر»، هذا لفظ ابن ماجه، وأما لفظ أبى داود، وقال: "غزوت مع رسول الله ﷺ فاتت اليهود، فشكوا أن الناس قد أسرعوا إلى حظائرهم، فقال: لا يحل أموال المعاهدين إلا بحقها حرام عليكم الحمر الأهلية وخيلها وبغالها، وكل ذى ناب من السباع، وكل ذى مخلب من الطير".

وجلده إلا[(١)] الآدمى والخنزير، و لا يؤكل[(٢)] مائى إلا السمك

ورواه الواقدى فى المغازى مثل أبى داود، ثم قال: تثبت عندنا إن خالدا لم يشهد خيبر وأسلم قبل الفتح هو وعمرو بن العاص وعثمان بن أبى طلحة أول يوم من صغر سنة ثمان، وقال أبو يوسف ومحمد: لا بأس بأكل الخيل لما أخرجه البخارى فى غزوة خيبر، ومسلم فى الذبائح عن جابر بن عبد الله قال: نهى رسول الله ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر الأهلية، وأذن فى لحوم الخيل، وفى لفظ البخارى: ورخّص فى لحوم الخيل، وعورض بحديث خالد.

وأجيب: بأن حديث جابر صحيح، وحديث خالد فيه كلام، ولحم الخيل مكروه تحريمًا فى رواية عن أبى حنيفة، فإن قوله فى "الجامع الصغير" أكره لحم الخيل يدل على أن كراهة تحريم؛ لما روى أن أبا يوسف رحمه الله قال لأبى حنيفة رحمه الله: إذا قلت: فى شىء أكرهه فما رأيك فيه، قال: التحريم، وفى ظاهر الرواية مكروه تنزيهًا، وبه قال: وهو الصحيح لما قدمناه.

ولما فى "الصحيح": عن أسماء بنت أبى بكر رضى الله عنها قالت: "نحرنا على عهد رسول الله ﷺ فرسًا فأكلنا"، وفى رواية أكلنا لحم فرس عند رسول الله ﷺ ولم ينكره، ولقول جابر بن عبد الله أنهم ذبحوا يوم خيبر الحمر والبغال والخيل، فنهاهم النبى ﷺ عن الحمر والبغال، ولم ينهم عن الخيل، رواه الحاكم فى "المستدرك"، وقال: صحيح على شرط مسلم، ولم يخرجاه.

وأما ما احتج فى المبسوط وغيره بقوله تعالى: ﴿وَالبِغَالَ وَالحَمِيرَ لِتَركَبُوهُ وَزِينَةً﴾ فقال: قد منّ الله على عباده بما جعل إليهم من منفعة الركوب والزينة فى الخيل، ولو كان مأكولا لكان الأولى بيان منفعة الأكل؛ لأنها أعظم المنافع، وبه بقاء النفوس، ولا يليق بذكر الحكيم ترك عظيم وجوه المنفعة، وذكر ما دون ذلك فى مقام المنة، ألا ترى أنه تعالى فى الأنعام ذكر الأكل بقوله: ﴿وَمِنهَا تَأكُلُونَ. . .﴾ اهـ، فلا دليل فيه، إذ لا يلزم من تعليل الفعل بما يقصد منه غالبًا أن لا يقصد غيره أصلا، ويدل عليه أن الآية مكية، وعامة المفسرين والمحدثين على أن الحمر الأهلية حرمت يوم خيبر. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "وحلّ" لأنه عليه الصلاة والسلام أكله وأمر أصحابه بأكله، روى البخارى حديث: «أكله ﷺ»، وروى النسائى حديث: «أمره لأصحابه»، ولأنه ليس من السباع ولا آكلة الخبيث. (الكشف)

(٦) قوله: "يطهر" وقال الشافعى رحمه الله الذكورة لا تؤثر فى جميع ذلك؛ لأن أثر الذكاة فى إباحة اللحم أصل، وفى طهارته وطهارة الجلد تبع، ولا تبع بدون الأصل، فصار نظير ذبح المجوس.

ولنا أن الزكاة مؤثرة فى إزالة الرطوبات النجسة، فإذا زالت طهرت كما فى الدباغ، وهذا الحكم مقصود فى الجلد، كالتناول فى اللحم، وفعل المجوسى غير معتد به، فلا بد من الدباغ، وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضًا حتى لو وقع فى الماء القليل لا يفسده، وهل يجوز الانتفاع به، لغير الأكل، قيل: لا يجوز اعتبارًا بالأكل، وقيل: يجوز كالزيت إذا خالطه شحم الميتة، والزيت غالب، فإنه ينتفع به فى غير الأكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته، والآدمى لكرامته، وفى رواية لا يطهر بالزكاة لحم ما لا يؤكل لحمه، والجلد يطهر هو الصحيح. (التكملة)

(١) قوله: "وإلا" وقال مالك وجماعة من أهل العلم بإطلاق جميع ما فى البحر، واستثنى

هو الذي مات حتف أنفه / السمك / أي كما يحل الجراد بلا زكاة

غـــير طافٍ[١]، وحلّ[٢] بلا ذكاة كالجراد، ولو[٣] ذبح شاةً

من غير تحرك / أي لايحل أكلها / وقت الذبح

وتحرّكت، أو خرج الدمّ حلّ، وإلا[٤] لا إن لم يدر حياته، وإن

حياة عند الذبح / وصلية

علم حلّ، وإن لم يتحرّك ولم يخرج الدم.

بعضهم الخنزير والكلب والإنسان، وعن الشافعي أنه أطلق ذلك كله لآية: ﴿وَأُحِلَّ لَكُمْ صَيدُ البَحْرِ﴾، والحديث: «هو الطهور ماءه والحل ميتته»، أخرجه أبو داود والنسائي والترمذي.

ولنا آية: ﴿وَيُحَرِّمُ عَلَيْهِمُ الْخَبَائِثُ﴾ وما سوى السمك خبيث -أي يستخبثه الطبع- ونهى رسول الله ﷺ عن دواء يتخذ فيه الضفدع، رواه أبو داود في الطب، والنسائي في الصيد، ورواه أحمد وإسحاق بن راهويه وأبو داود الطياسي.

ونهى عن بيع السرطان والصيد فيما تلا محمول على الاصطياد، وهو مباح فيما لا يحل، والميتة المذكورة فيما روى محمول على السمك، وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام: «أحلّت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال»، رواه ابن ماجه وأحمد والشافعي وعبد بن حميد، وأعله بعبد الرحمن، وله طرق آخر، ذكره ابن مردويه في تفسيره في سورة الأنعام، وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى: لا بأس بالطافي؛ لما روينا.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام: «ما نضب عنه -أي ذهب- الماء فكلوا وما لفظه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا»، أخرجه أبو داود وابن ماجه، وعن جماعة من الصحابة مثل مذهبنا، وميتة البحر ما لفظه البحر ليكون موته مضافًا إلى البحر لا ما مات فيه من غير آفة. (الكشف وحاشيته)

(٢) أي لا يؤكل حيوان مائي المولد والمعاش كبعض الطيور، فإنه يؤكل ولو متولدًا في ماء نجس.

(١) طفا الشيء فوق الماء يطفو طفوًا علا، ولم يرسب ومنه السمك الطافي، وهو الذي يموت في الماء فيعلوه ويظهر. (أقرب الموارد)

(٢) قال: "وحل" أي حل السمك بلا زكاة كالجراد، وما روينا، وقال مالك رحمه الله: لا يحل الجراد إلا أن يقطع الآخذ رأسه ويشويه. (الزيلعي والكشف)

(٣) قوله: "ولو" أي ولو ذبح شاة لم تعلم حيوتها، فتحركت، أو خرج منها أي من الشاة دم من غير تحرك، حلت أكلها؛ لأن الحركة وخروج الدم لا يكون إلا من الحي، وذكر محمد بن مقاتل إن خرج الدم، ولم يتحرك لا يحل، وإلا أي وإن لم تحرك، أو لم يخرج الدم فلا تحل، وإن لم تعلم حيته وقت الذبح، وإن علمت حياته وقت الذبح حلت مطلقًا، أي على كل حال؛ لأن الأصل بقاء ما كان على ما كان، فلا يحكم زوال الحياة بالشك. (المجمع والكشف)

(٤) أي وإن لم تحرك لم يخرج الدم.

كتاب(١) الأضحية(٢)

فلا يجب على العبد فلا تجب على المسافر يسار الفطرة

تجب(٣) على حر مسلم مقيم موسر عن(٤) نفسه لا(٥) عن

بالرفع بدل من الضمير الذي في قوله: يجب، ويجوز أن يكون ارتفاعه بقوله: تجب وهو الأظهر

طفله شاة(٦)، أو سبع بدنة فجر(٧) يوم النحر إلى آخرِ

---

(١) قوله: "كتاب" أورد الأضحية بعد الذبح؛ لما فيها الذبح إلا أن الذبح أعم من الأضحية، والخصوص يكون بعد العموم. (الشلبي)

(٢) قوله: "الأضحية" فيما ثمان لغات: ضم الهمزة مع شديد الياء وتخفيفها وكسرة الهمزة معهما، وضحية -بفتح الضاد وكسرها- وأضحاة -بفتح الهمزة وكسرها- وأصل أضحية أضحوية، اجتمعت الواو والياء، وسبقت أحدهما بالسكون، فقلبت الواو ياء وأدغمت الياء في الياء، وكسرت الحاء لتناسب الياء، وتجمع على أضاحي -بتشديد الياء-.

وهي لغةً: اسم ما يذبح أيام الأضحى من تسمية الشيء باسم وقته، وشرعًا: ذبح حيوان مخصوص بنية القربة في وقت مخصوص. (الطحطاوي والدرّ)

(٣) قوله: "تجب" أما الوجوب فلقوله عليه الصلاة والسلام: «من وجد سعةً فلم يضحّ فلا يقربنّ مصلانا»، رواه ابن ماجه وأحمد وابن أبي شيبة وإسحاق بن راهويه وأبو يعلى الموصلي، ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب، وقالا: أنها سنة، وهو قول الشافعي رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام: «من أراد أن يضحي منكم فلا يأخذ من شعره وأظفاره شيئًا»، رواه الجماعة إلا البخاري، والتعليق بالإرادة ينافي الوجوب.

قلنا: المراد بالإرادة -والله أعلم- ما هو ضد السهو، فالمعنى منه أنه من كان متذكرًا أنه يضحي لا التخيير؛ لأنه غير مخير إجماعًا، وأيضًا أن الإرادة لا تنافي الوجوب كقول من قال: من أراد الجمعة، فلم يغسل، وأما الحرية فلأنها وظيفة مالية لا تتأدى إلا بالملك، وأما الإسلام فلكونها قربة، وأما الإقامة فلأن أداءها يختص بأسباب بعسر على المسافر إحضارها، ويفوت بمضي الوقت، فلا تجب عليه كالجمعة، وأما اليسار فلما روينا من اشتراط السعة. (الكشف وحاشيته بتغيير)

(٤) يتعلق بقوله: تجب أي تجب الأضحية عن نفسه لأن الأصل في الوجوب عليه.

(٥) قوله: "لا" أي لا تجب عليه عن أولاده الصغار لأنها قربة محضة للأصل في العبادات عليه أن لا تجب على أحد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر؛ لأن فيها المؤنة، والسبب فيها رأس يمؤنه ويلي عليه، وهذا المعنى في حق الولد في صدقة الفطر دون الأضحى، ولهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه. (الزيلعي)

(٦) قوله: "شاة" بيان بمقدار الواجب، وقال مالك رحمه الله: تجوز البدنة عن أهل بيت واحد،

أى قبل صلاة العيد　　　كأهل القرى

أيامه[١]، ولا يذبح[٢] مصرى قبل الصلاة، وذبح غيره،

ولو كانوا أكثر من سبعة لا عن أهل بيتين، ولو أقل من سبعة، والقياس أن لا تجوز إلا عن واحد؛ لأن الإراقة واحدة، وهى القرابة، إلا أنا تركناه بحديث جابر قال: "نحرنا مع رسول الله ﷺ البقرة عن سبعة، والبدنة عن سبعة"، أخرجه الجماعة إلا البخارى.

ولا نص فى الشاة، فبقيت على أصل القياس، وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد فى الأصل؛ لأنه لما جاز عن السبعة فعن دونه أولى، ولا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيبقى على الأصل.

وكذا إذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع، ولا تجوز عن الكل؛ لأن بعضه إذا خرج من أن يكون قربة يخرج كله من أن يكون قربة. (الكشف والزيلعى)

(٧) قوله: "فجر" أى وجوب الأضحية فى فجر يوم النحر بدليل جوازها للقروى، كما طلع الفجر لكن شرط الجواز للمصرى الصلاة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «إن أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الأضحية»، أخرجه مسلم والبخارى بمعناه.

فالفجر بالنسبة إلى المصرى كشهود رمضان للحائض سبب للوجوب لكن لا تجوز الصوم لعدم الشرط، وفى النتائج إذا لم تناؤ تضحية المصرى قبل صلاة العبد فما فائدة جعل وقت بينهما وبين طلوع الفجر وقتًا لتضحية. . . اهـ.

والجواب: أن الفائدة جعل الأحكام الموقت بالوقت المشروط بشرائط آخر على نهج واحد فى التسوية بين المكلفين، فإذا دخل وقت لحكم ما وحلّ بالنسبة إلى جميع من شأنه التكيف بذلك الحكم للتسوية، وإن فقد بعض شروط بعضهم كالظهر مثلا قد يدخل، والمرء محدث، فلا يقال أن وقت صلاة هذا المرء لم يدخل بعد وإلا لما أثم بترك الوضوء والصلاة حتى خرج الوقت على أن الفائدة فى مسألتنا تظهر فيما إذا كانت أضحية المصرى فى القرية، فذبحت عنه قبل الصلاة، فإنه قد فرغت ذمته، فلو لم تكن واجب إذ ذاك لما فرغت ذمته، ولا وجوب إلا بعد دخول وقتها. (الكشف)

(١) قوله: "أيامه" وقال الشافعى رحمه الله: ثلاثة أيام بعد يوم النحر؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «أيام التشريق كلها أيام ذبح»، رواه أحمد فى "مسنده"، وابن حبان فى "صحيحه".

ولنا ما روى عن عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم قالوا: أيام النحر ثلاثة، أفضلها أولهما، وقد سألوه سماعًا؛ لأن الرأى لا يهتدى إلى المقادير، وفى الأخبار تعارض، فأخذنا بالمتيقن وهو الأقل. (الكشف مع حاشيته)

(٢) قوله: ولا" أى لا يجوز لأهل المصر أن يذبحوا الأضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد يوم الأضحى، وذبح غيره، أى غير أهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر قبل أن يصلى الإمام صلاة العيد، والأصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام: «من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة تمّ نسكه وأصاب سنة المسلمين».

والمعتبر فى ذلك مكان الأضحية، حتى لو كانت فى السواد، والمضحى فى المصر يجوز، كما انشق الفجر، وفى العكس لا يجوز إلا بعد الصلاة، وحيلة المصرى إذا أراد التعجيل أن يبعث بها إلى خارج المصر فى موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيه، فيضحى فيه كما طلع الفجر. (الزيلعى بحذف)

هي التي لا قرن لها / ولم يتلف جلدها / التي ذهبت عيناها.
ويُضحّى(١) بالجمّاء(٢) والخصي والثولاء(٣) لا بالعمياء

التي ذهبت إحدى عينيها / التي لا مخ في عظمها / تمشي بثلاث قوائم، وتجافى الرابعة عن الأرض
والعوراء والعجفاء والعرجاء(٤)، ومقطوع(٥) أكثر الأذن،

أو الذنب، أو السن، أو العين، أو الإلية.

فيكره ذبح الديك والدجاجة تشبهًا بالمضحي
والأضحية(٦) من الإبل والبقر والغنم، وجاز(٧) الثنيُّ من

---

(١) قوله: "ويضحى" أي يجوز ذبح هذه الثلاثة تضحية -الجمّاء والخصي والثولاء- ولا يجوز التضحية بالعمياء... إلخ، وأما جواز الأولى فلأن المقصود منها القرنان، ولا يتعلق بهما المقصود.

والثاني فلأن لحمه أطيب، وقد ضحّى ﷺ بكبشين أملحين -الملحة بياض يشوبه شعرات سود- موجوئين -الوجاء للعن عروق الخصيتين بحديدة من غير نزعهما- رواه ابن ماجه.

وأما الثولاء ففي هذا إذا كانت تعتلف؛ لأنه لا يخل بالمقصود، وأما إذا كانت لا تعتلف لا تجزئه، أما عدم التضحية بالعمياء وغيرها فلقوله عليه الصلاة والسلام: «لا تجزئ في الضحايا أربعة العوراء البيّن عورها والعرجاء البيّن عرجها -وهي التي لا يمكنها المشي برجلها العرجاء، فلو وضعتها وضعًا خفيفًا يجوز- والمريضة البيّن مرضها والعجفاء التي لا تنقى -النقى... إلخ أي ليس لها نقى من شدة العجف-» أخرجه الأربعة وصححه الترمذي. (عز)

(٢) وكذا مكسور القرن والجبر باء لو سمنته.

(٣) وهي المجنونة لو سمنية تعتلف.

(٤) قال الزيلعي: هي التي لا تمشي إلى المنسك.

(٥) قوله: "ومقطوع" إنما جازت هذه الأربعة لأن للأكثر حكم الكل بقاءً وذهابًا؛ وأن العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه، فجعل عفوًا، ومعرفة مقدار الذاهب من العين أن تشدّ العين المعيبة بعد أن لا تعتلف الشاة يومًا أو يومين، ثم يقرب إليها العلف قليلا قليلا، فإذا رأته من موضع، وعلم على ذلك الموضع ثم تشد العين الصحيحة، وقرب إليها العلف... إلخ، ثم ينظر التفاوت بين الموضعين، فإن كان نصفًا أو ثلثًا، وهكذا فالذاهب. (الكشف)

(٦) قوله: "والأضحية" لأن جواز التضحية بهذه الأشياء عرف شرعًا بالنص على خلاف القياس، فيقتصر عليها، ويجوز بالجاموس لأنه نوع من البقر، بخلاف بقر الوحش، حيث لا يجوز التضحية به؛ لأن جوازها عرف بالشرع في البقر الأهلي دون الوحشي، والقياس ممتنع، والمتولد منهما تعتبر الأم، وكذا في حق الحل تعتبر الأم. (الزيلعي)

(٧) قوله: "وجاز" الثني من الغنم ابن سنة، ومن البقر ابن سنتين، ومن الإبل ابن خمس سنين، قال عليه الصلاة والسلام: «ضحّوا بالثنايا إلا أن يعسر على أحدكم فليذبح الجذع من الضأن»، أخرجه

لا غير | قبل النحر | الذين شاركوا فى البدنة

الكل، والجذع من الضأن، وإن مات أحد السبعة، وقالت

الورثة الكبار الذين ماتوا عنهم البدنة | أى عن الميت | ذبحها عن الجميع

الورثة: اذبحوها عنه وعنكم صح(١)، وإن كان شريك

السته(٢) نصرانيًا، أو مرتدًا(٣)، أو نوى اللحم، لم يجز(٤) عن

المضحى | إذا لم تكن منذورة | بضم الياء وكسر الكاف

واحد منهم، ويأكل(٥) من لحم الأضحية، ويوكل غنيا

مسلم وأصحاب السنن، قيل: هذا إذا كانت عظيمة بحيث لو خلط بالثنايا يشتبه على الناظرين من بعيد، والجذع من الضأن ما تمت ستة أشهر فى مذهب الفقهاء. (الكشف)

(١) لأن التضحية من الغير عرفت قربة؛ لأن النبى ﷺ ضحى عن أمته.

(٢) وفى بعض النسخ: شريك السبعة، أى أحد السبعة.

(٣) وفى بعض النسخ: ولا تعتمد عليه، هكذا، أو مرتدًا، أو نوى اللحم... إلخ.

(٤) قوله: "لم يجز" ووجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة، واختلاف الجهالة فيها لا يضر كالقران والمتعة، والأضحية لاتخاذ المقصود، وهو القربة، وقد وجد هذا الشرط فى الوجه الأول؛ لأن التضحية عن الغير عرفت قربة؛ لأنها عليه الصلاة والسلام ضحّى عن أمته، ولم توجد القربة فى الوجه الثانى؛ لأن النصرانى ليس من أهلها.

وكذا قصد اللحم من المسلم ينافيها، وإذا لم يقع البعض قربة، خرج الكل من أن يكون قربة؛ لأن الإراقة لا تتجزأ، وهذا استحسان، والقياس أن لا يجوز، وهو رواية عن أبى يوسف؛ لأن ينزع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره، كالإعتاق عن الميت.

قلنا: القربة تقع عن الميت كالتصدق لما روينا، بخلاف الإعتاق؛ لأن فيه إلزام الولاء للميت، ولو كان بعض الشركاء صغيرًا، أو أم ولد، بأن ضحّى عن الصغير أبوه، وعن أم الولد مولاها، ولم يجب عليهما جاز؛ لأن كلهما وقعت قربة، ولو ذبحوها بغير إذن الورثة فيما إذا مات أحدهم لا يجزئهم؛ لأن بعضها لم يقع قربة، بخلاف ما تقدم لوجرد الإذن من الورثة. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ويأكل" لما روى مسلم عن أبى سعيد الخدرى، قال: قال رسول الله ﷺ: «يا أهل الدينة لا تأكلوا لحم الأضاحى فوق ثلاث فشكوا إلى رسول الله ﷺ أن لهم عيالا وحشمًا وخدمًا فقال كلوا وأطعموا واحبسوا وادّخروا».

وروى البخارى عن سلمة بن الأكوع قال: قال رسول الله ﷺ: «من ضحّى منكم ولا يصبحنّ ثلاثة وفى بيته منه شيء فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله ﷺ! نفعل كما فعلنا العام الماضى قال كلوا وأطعموا وادّخروا فإن ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها».

ولأنه لما جاز أكل المضحى منها وهو غنى جاز أن يؤكل الغنى. (شرح النقاية)

لما روينا
ويدخر، ونَدُب(١) أن لا ينقص الصدقة من الثلث، ويتصدق
أي بجلد الأضحية — غربل الدقيق وغيره نخله، ومنه الغربال بالكسر ما يغربل به
بجلدها، أو يعمل(٢) منه نحو جراب وغربال(٣)، وندب(٤) أن
أي الذبح — أي الاثنان من أصحاب الأضاحي
يذبح بيده إن علم ذلك، وكره(٥) ذبح الكتابي ولو غلطا(٦)،

(١) قول: "وندب" لأن الجهات ثلاثة: الأكل والادّخار والإطعام؛ لما ذكرنا من الأحاديث، فانقسمت الأضحية عليها أثلاثًا، والإطعام التصدق لما في رواية: صدقوا بدل أطعموا، ولقوله تعالى: ﴿وَأطعِمُوا القَانِعَ وَالمُعتَرّ﴾، والقانع السائل، يقال: قنع قنوعًا كمنع، إذا سأل وخضع وقنع قناعة، كفرح إذ رضي بما عنده، وبما يعطى من غير سؤال، والمعترض لغير السؤال، والمراد بالقانع الراضي، وبالمعتر المعترض بالسؤال وهو الأظهر. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أو يعمل" لأنه جزء منها، فكان له التصدق والانتفاع به، ألا ترى أن له أن يأكل لحمها، ولا بأس بأن يشترى به ما ينتفع بعينه مع بقاءه استحسانًا، وذلك مثل ما ذكرنا؛ لأن المبدل حكم البدل، ولا يشترى به ما لا ينتفع بئذه إلا بعد الاستهلاك، نحو اللحم والطعام، ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله، والمعنى فيه أنه يتصرف على قصد التمول، واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح، حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به إلا بعد الاستهلاك.

ولو باعهم ليتصدق بها جاز؛ لأنه قربة كالتصدق بالجلد واللحم، وقوله عليه الصلاة والسلام: من باع جلد أضحية فلا أضحية له، ليفيد كراهة البيع، وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم. (الزيلعي)

(٣) واعلم أن في التكملة والكشف عبارة، وما وجدناه في غيرها، وهي: ولا يعطى أجرة الجزء، ولا في نسخ الشروح التي عندنا. (عز)

(٤) قوله: وندب" أي وندب للمضحي الذبح بيده إن أحسن الذبح؛ لأنه قربة، والأولى في القربة التي تقبل النيابة أن يتولاها صاحبها بنفسه، وقد نحر النبي ﷺ ثلاثًا وستين بدنة بيده الشريفة في حجة الوداع عدد سني عمره الكريم، وإلا أي إن لم يحسن بيده أمر غيره بذبحها.

وينبغي أن يشهدها بنفسه؛ لما روى الحاكم في "مستدركه" والبيهقي في "سننه"، والطبراني في "معجمه" عن عمران بن حصين أن النبي ﷺ قال لفاطمة: قومي إلى أضحيتك فاشهد بها، فإنه يغفر لك عند أول قطرة من دمها كل ذنب عملته، وقولي: إن صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين، لا شريك له وبذلك أُمرت وأنا أول المسلمين، قال عمران: قلت: يا رسول الله هذا لك ولأهل بيتك خاصة أم للمسلمين عامة؟ فقال: بل للمسلمين عامة. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "وكره" لأنه من عمل القربة، وهو ليس من أهلها، وتجوز لأنه من أهل الزكاة والقربة، أقيمت بإنابة دينية، وأما ذبح المجوسي فيحرمها. (الكشف والطائي)

(٦) قوله: "ولو" أي ولو غلطا، قيّد بالغلط لما في "نوادر ابن سماعة" عن محمد رحمه الله لو

واحد منهما / ذبحها عن الأضحية

وذبح كل أضحية صاحبه صح عنهما ولا يضمنان.

تعمد فذبح أضحية رجل عن نفسه لم يجز عن صاحبها، وفى الغلط جاز عن صاحبها، ولا يشبه العمد الغلط، ولو ضمّنه قيمتها فى العمد جازت عن الذابح.

وفى "الإملاء": قال محمد رحمه الله: لو ذبحها متعمّدًا عن صاحبه يوم النحر، ولم يأمره جاز أيضًا استحسانًا؛ لأنها هيئت للذبح، وذبح كل أضحية صاحبه، أى عن نفسه، صرّح به فى البدائع وغيرها، ويدل عليه لفظ غلط؛ لأنه يفيد أنه ظنّ كونها شاة فلا يذبحها إلا عن نفسه عادة صح، ووقع عن صاحبه، وهو المصرّح فى كتب المذهب، فيأخذ كل واحد مسلوخة من صاحبه.

وإن كان قد أكلا ثم علما، فليحلل صاحبه، ويجزيهما؛ لأنه لو أطعمه ابتداء يجوز، وإن كان غنيًا، فكذا له أن يحلله انتهاء، وإن تشاطا فلكل تضمين صاحبه قيمة لحمه، ويتصدق بتلك القيمة، ولا ضمان عليهما استحسانًا لا قياسًا، وهو قول زفر؛ لأنه ذبح شاة غيره بلا أمره، فيضمن كشاة اشتراها القصاب، وجه الاستحسان أنها تعينت للذبح حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها -فى نذر الغنى وشراء الفقير- وكره تبديلها بغيرها -إن كان غنيًا- فصار المالك مستغنيا بكل من كان أهلا للذبح، آذنًا له دلالة لفواتها بمضى المدة، فصار كما إذا ذبح شاة شدّ القصّاب رجلها للذبح. (الكشف وحاشيته)

كتاب[١] الكراهية[٢]

المكروه[٣] إلى الحرام أقرب، ونصّ[٤] محمد أن كل مكروه حرام (عندهما)

فصل[٥] في الأكل والشرب

كره لبن الأتان[٦] (تحريمًا)، والأكل (الأهلية) والشرب (أي وكره الأكل) والادّهان والتطيّب[٧]

---

(١) قوله: "كتاب" المناسبة بين كتاب الأضحية وكتاب الكراهية أن الكراهة توجد في عامة مسائل الأضحية أيضًا، ألا ترى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة، وكذا جزّ صوفها وحلب لبنها، وإبدال غير مكانها، وكذلك ذبح الكتابي. (الشلبي)

(٢) قوله: "الكراهة" بعضهم ترجمه بكتاب الكراهية، وبعضهم ترجمه بكتاب الزهد والورع، وبعضهم بالاستحسان، أما تسميته بالكراهية فلما فيه من بيان ما يكره من الأفعال وما لا يكره، وبيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه، فلذا اقتصر في الترجمة على ما يفيده، وأما ترجمته بكتاب الزهد والورع فلأن فيه كثيرًا من المسائل أطلقها الشرع، والزهد والورع تركها.

وأما ترجمته بالاستحسان فلما فيه من بيان ما حسنه الشرع وقبحه، ولفظ الاستحسان أحسن؛ أن كثيرًا من مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها، والاستحسان إخراج المسائل الحسان، وأشبه ما قيل فيه أنه ترك القياس والأخذ بما هو أرفق للناس، أو طلب السهولة في الأحكام فيما يبتلى به الخاص والعام. (الطحطاوي)

(٣) هو ما يكون تركه أولى من تحصيله، أي كل فعل أطلق عليه من هذه المادة شيء.

(٤) قوله: "ونص" وإنما لم يطلق لفظ الحرام؛ لأنه لم يجد فيه نصا قطعيا، فكان نسبة المكروه إلى الحرام عند محمد رحمه الله كنسبة الواجب إلى الفرض، وعن الإمام أبي يوسف أنه إلى الحرام أقرب، وهذا الحد للمكروه كراهة تحريم.

وأما المكروه كراهة تنزيه فإلى الحلال أقرب، هذا خلاصة ما ذكروه في الكتب المعتبرة، ولبعض المتأخرين كلمات هنا طويلة الذيل لا حاصل لها، تركناها عمدًا. (التكملة)

(٥) قوله: "فصل" أي فصل في بيان أحوال الأكل والشرب ما يحرم منهما وما يباح وما يكره، واعلم أن الأكل والشرب لدفع الهلاك فرض، ولو من ميتة، أو مال الغير وإن ضمنه. (العيني والطائي)

(٦) قوله: "لبن الأتان" لأن اللبن متولد من اللحم، فصار مثله، وكذا لبن الخيل يكره عند أبي

لعموم النهي للرجل والمرأة

من(١) إناء ذهب وفضة للرجل والمرأة، لا(٢) من رُصاص

كتنور وسنور وسبطر جوهر أبيض شفاف واحدته بلورة. أي مزوق بالفضة

وزجاج وبِلور وعقيق(٣)، وحلّ الشّرب من إناء مفضضٍ،

والركوب على سرج مُفضّضٍ، والجلوس على كرسى

خلافًا لأبى يوسف أى يجتنب

مفضض، ويتقى(٤) موضع الفضة، ويُقبلُ قول الكافر فى

حنيفة كلحمه، هكذا ذكره قاضى خان فى فتاواه.

ولا تؤكل الجلالة، ولا يشرب لبنها؛ لأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها، والجلالة هى التى تعتاد أكل الجيف والنجاسة، ولا تخلط، فيتغير لحمها، فيكون منتنًا، ولو حبست حتى يزول النتن حلت، ولم قدر لذلك مدة فى الأصل، وقدره فى "النوادر" بشهر، وقيل: بأربعين يومًا فى الإبل، وبعشرين يومًا فى البقر، وبعشرة أيام فى الشاة، وثلاثة أيام فى الدجاجة.

أما التى تخلط بأن تتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك فى لحمها، فلا بأس به، ولهذا يحل أكل لحم جدى غذى بلبن الخنزير؛ لأن لحمه لا يتغير، وما غذى به يصير مستهلكًا لا يبقى له أثر، وعلى هذا قالوا: لا بأس بأكل الدجاج؛ لأنه يخلط ولا يتغير لحمه. (الزيلعى)

(٧) والاكتحال بميلهما، والأكل بمعلقتهما، ونحو ذلك.

(١) قوله: "من" لأنه تشبه بزى المشركين، وتنعم بنعم المترفين، قال عليه الصلاة والسلام: «فى الذى يشرب فى إناء الذهب والفضة إنما يجرجر في بطنه نار جهنم»، أخرجه البخارى ومسلم، ومعنى يجرجر يردد نار جهنم -بالنصب-.

وأتى أبو هريرة بشراب فى إناء فضة، فلم يقبل، وقال: نهانا عنه رسول الله ﷺ، هذا الحديث لم يصح عن أبى هرير، وهو فى الكتب لأنه استعمال. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "لا" أى لا يكره الأكل والشرب والادهان والتطيب من رصاص وزجاج وبلور وعقيق، وقال الشافعى: يكره جميع ذلك لوقوع التفاخر بها.

قلنا: لا نسلم، ولئن سلمنا فهى ليست فى معنى الذهب والفضة، فلم تلتحق بهما، ويجوز استعمال الأوانى من الصفر؛ لما ثبت فى البخارى وغيره أنه عليه الصلاة والسلام توضأ من تور من صفر. (العينى)

(٣) محورًا حمر يكون باليمن، ولبسوا حل بحر رومة أنه جنس بمسد، كما يجرى من اللحم اللحم، فيعمطو قميص عقيقه تعمل منه.

(٤) قوله: "وتبقى" لأنه تابع ولا معتبر بالتابع كالجبة المكفوفة بالحرير، والعلم فى الثوب، ومسمار الذهب فى الفص، والخلاف إنما هو فى الذى يخلص، وأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالإجماع. (الكشف)

أي ويقبل قول / سواء أخبر بإهداء المولى غيره أو نفسه

الحل[١] والحرمة، والمملوك[٢] والصبى فى الهدية[٣] والإذن[٤]،

وهى ما يكون فيما بين العباد / أى لا يقبل فى الديانات

والفاسق فى المعاملات[٥]، لا فى الديانات[٦]، ومن دعى إلى

---

(١) قوله: "فى الحل" قال الزيعى: وهذا سهو؛ لأن الحل والحرمة من الديانات، ولا يقبل قول الكافر فى الديانات، وإنما قبل قوله فى المعاملات خاصة؛ للضرورة.

وقال فى "الدر": ويقبل قول كافر ولو مجوسيًا، قال: اشتريت اللحم من كتابى فيحل، أو قال: اشتريته من مجوسى فيحرم، ولا يرده بقول الواحد، وأصله أن خبر الكافر مقبول بالإجماع فى المعاملات لا فى الديانات، وعليه يحمل قول "الكنز": ويقبل قول الكافر فى الحل والحرمة، يعنى الحاصلين فى ضمن المعاملات، لا مطلق الحل والحرمة، كما توهمه الزيلعى.

وفى "الطحطاوى": ويدل عليه ما ذكر حافظ الدين -صاحب "الكنز"- فى كافيه حيث قال: يقبل قول الكافر فى الحل والحرمة، حتى لو كان له أجير مجوسى، أو خادم مجوسى، فأرسله ليشترى له لحمًا، فاشترى، وقال: اشتريته من يهودى، أو نصرانى، أو مسلم، وسعه أكله، وإن كان غير ذلك، لم يسعه أكله، ثم قال: وأصله أن خبر الكافر فى المعاملات مقبول بالإجماع؛ لصدوره من عقل ودين مانع من الكذب، ومساس الحاجة إلى قبوله لكثر المعاملات، وكونه من أهل الشهادة فى الجملة.

قال فى "التبيين": فحينئذٍ تدخل الديانات فى ضمن المعاملات، فيقبل قوله فيها ضرورة، وكم من شىء صح ضمنًا وإن لم يصح قصدًا، ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز تبعًا للأرض يجوز... اهـ، ما قاله الطحطاوى.

(٢) قوله: "والمملوك" أى خبر هؤلاء يقبل فيما ذكره؛ لأنه من المعاملات، وأصله أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرًا كان أو عبدًا، مسلمًا هو كافرًا، صغيرًا أو كبيرًا؛ لعموم الضرورة الداعية إلى سقوط اشتراط العدالة، فإن الإنسان قلّما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله أو يستخدمه، ويبعثه إلى وكلاءه، ونحو ذلك، ولا دليل مع السامع بعمل به سوى الخبر، فلو لم يقبل خبره لا يمتنع باب المعاملات، ووقعوا فى حرج عظيم، وبابه مفتوح؛ لأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة، فلو لم يقبل فيها فى ضمن المعاملات لأدى إلى الحرج، وكان ينسد باب المعاملات بالكلية، وهو مفتوح، فيقبل قول المميز فيها ضرورة، بخلاف الديانات المقصود؛ لأنها لا يكثر وقوعها، كالمعاملات، فلا حرج فى اشتراط العدالة، ولا حاجة إلى مقبول قول الفاسق؛ لأنه متهم فيها، وكذا الكافر والصغير متهمان. (الزيلعى)

(٣) بأن قال الملوك: هذه هدية أهداها إليك سيدى، أو قال الصبى: هذه هدية أهداها إليك أبى.

(٤) سواء كان بالتجارة أو بدخول الدار مثلا.

(٥) كالتوكيل والإذن فى التجارة وكل شىء ليس فيه إلزام ولا ما يدل على النزاع.

(٦) وهى ما يكون بين العبد والرب، كالإخبار وبخل الطعام.

وهى طعام العرس أى هناك بكسر العين وسكونها من الوليمة
وليمة وثمّة[١] لعب وغناء[٢]، يقعد ويأكل.

---

(١) قوله: "وثمه" أى إذا حدث اللعب والغناء هناك بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج؛ لأن إجابة الدعوة سنة، قال عليه الصلاة والسلام: «من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم»، فلا يتركها لما أقرنت البدعة من غيره، كصلاة الجنازة لا يتركها لأجل النائحة، فإن قدر على المنع منعهم، وإن لم يقدر يصبر، لقوله عليه الصلاة والسلام: «من رأى منكم منكرًا فليغيّره بيده فإن لم يستطع فبلسانه فإن لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الإيمان».

هذا إذ لم يكن مقتدى به، فإن كان مقتدى به، ولم يقدر على منعهم، يخرج، ولا يقعد؛ لأن فى ذلك شين الدين، وفسخ باب المعصية على المسلمين، وإن كان ذلك على المائدة، فلا يقعد؛ لقوله تعالى: ﴿فَلا تَقْعُدْ بَعدَ الذِّكْرى مَعَ الْقَومِ الظَّالِمِينَ﴾.

وإن كان هناك لعب وغناء قبل أن يحضرها فلا يحضرها؛ لأنه لا يلزمه إجابة الدعوة إذا كان هناك منكر. (الزيلعى بحذف)

ولا يخفى أن قوله: "وثمّ..." إلخ جملة حالية عن نائب فاعل "دعى"، فيفيد وجود ذلك حال الدعوى فلو قال: فحضر لعب لكان أولى. (التكملة)

(٢) بالكسر والمد: السماع، وبالكسر والقصر: اليسار، وبالفتح والمد: النفع.

فصل[١] فى اللبس[٢]

لو قال: على الرجل كان أصوب أى لا يحرم والديباج ولو بحال. فإنها تحل للرجل أيضًا

حرم[٣] للرجل[٤] لا للمرأة لبس الحرير إلا قدر أربعة

أى جعل الحرير فراشًا موصولة

أصابع[٥]، وحلّ[٦] توسُّدُه وافتراشه، ولبس[٧] ما سُداه حريرٌ

---

(١) قوله: "فصل" لما ذكر مقدمات مسائل الكراهية ذكر ما يتوارد على الإنسان مما يحتاج إليه، فقدم فصل الأكل والشرب؛ لأن احتياج الإنسان إلى الأكل والشرب أشد من احتياجه إلى النظر لتحقق الزول فى جميع الأوقات دون الثانى. (التكملة)

(٢) قول: "اللبس" اعلم أن اللباس على أنواع: الأول الفرض، وهو ما يستر العورة، ويدفع الحر والبرد، والأولى كونه من القطن أو الكتان أو الصوف على وفاق السنة، بأن يكون ذيله لنصف ساقه، وكمه لرؤوس أصابعه، دفعه قدر شبر.

الثانى: مستحب وهو الزائد لأخذ الزينة وإظهار نعمة الله تعالى.

الثالث: مباح، وهو الثوب الجميل للتزيّن فى الأعياد والجُمع ومجامع الناس لا جميع الأوقات.

والرابع: مكروه، وهو اللبس للتكبّر، ويستحب الأبيض وكذا الأسود.

(٣) قوله: "حرم" يعنى يحرم على الرجل لا على المرأة ليبس الحرير واللام تأتى بمعنى على، قال الله تعالى: ﴿وَإِنْ أَسَأْتُمْ فَلَهَا﴾ أى جعلها، وإنما حرّم لبس الحرير على الرجال دون النساء؛ لما روى أبو موسى الأشعرى أن النبى ﷺ قال: أحل الذهب والحرير للإناث من أمتى، وحرم على ذكوها، رواه أحمد والنسائى والترمذى، وصحّحه إلا أن اليسير معفو عنه، وهو مقدار أربع أصابع؛ لما روى أحمد ومسلم والبخارى: «نهى عن لبس الحرير إلا موضع أصبعين أو ثلاثة أو أربع»، الحديث. (التكملة بحذف)

(٤) قوله: "للرجل" ومن الناس من أباح لبس الحرير والديباج للرجال والنساء، ومنهم من منع عليهما جميعا، ولنا حديث على وغيره أنه ﷺ خرج وبإحدى يديه حرير وبالأخرى ذهب، فقال: هذان حرامان على ذكور أمتى، حلال لإناثهم. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "أصابع [من أصابع عمر رضى الله عنه وذلك قدر شبر]" اعلم إن وقع خلاف فى اعتبار الأصابع فقيل مضمومة وقيل منشورة، وقيل بين بين، والتحرّز عن مقدار المنشورة أولى، كما قال بعض أهل المذهب، وظاهر المذهب عدم جمع التفرق، ولو فى إمامة، كما بسط فى "القنية". (عز)

(٦) قوله: "وحل" أى يجوز أن يجعل الحرير وسادة، أى مخدّة ويفرشه عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: يكره للعمومات؛ لأنه من زيّ المترفهين، وهيئة المتصين من الكفار والفجار، وقد ذمهم الله تعالى بقوله تعالى: ﴿أَذْهَبْتُم طَيِّبَاتِكُم فِي حَيَاتِكُمُ الدُّنيَا وَاسْتَمْتَعتُمْ بِهَا﴾، وبقولهما قال مالك

أى لا فى غير الحرب

وَلُحْمَتُه قطن أو خزّ[١]، وعكسه[٢] حلّ فى الحرب فقط،

أى لا يتزيّن — لأنها فى معنى الذهب — قدر مثقال فما دونه

ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة إلا[٣] بالخاتم،

والشافعي، وهو الصحيح.

(قال في الشرنبلالية: قلت: هذا التصحيح خلاف ما على المتون المعتبرة والشرح-ط) كما في صحيح البخارى عن ابن أبى ليلى عن حذيفة قال: نهانا رسول الله ﷺ أن نشرب فى آنية الذهب والفضة وأن نأكل فيهما، وعن لبس الحرير والديباج، وأن نجلس عليهما.

ولأبى حنيفة ما أخرجه ابن سعد فى الطبقات فى ترجمة ابن عباس عن راشد مولى ابن عامر قال: رأيت على فراش ابن عباس مرفقة حرير.

وما أخرجه عن مؤذن بنى وداعة قال: دخلت على ابن عباس وهو متكئ على مرفقة حرير وسعيد بن جبير عن رجليه، وهو يقول: انظر كيف تحدث فإنك حفظت عنى كثير. (شرح النقاية)

(٧) قول: "ولبس" أى وحل أيضًا لبس الثوب الذى سداها حرير ولحمته قطن، أو خزّ فى الحرب وغيره؛ لأن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يلبسون الخز، رواه البخارى فى "كتاب المفرد" فى القضاة من فعل عمران بن حصين رضى الله عنه، وورواه ابن أبى شيبة من فعل أنس بن مالك وحسين بن على رضى الله عنهم، وورواه عبد الرزاق عن سعد بن أبى وقّاص وابن عمر وجابر بن عبد الله وأبى سعيد وأبى هريرة وأنس بن مالك ستة من الصحابة رضى الله عنهم الخز مسدى بالحرير.

ولأن الثوب إنما يصير ثوبا بالنسج والنسج باللحمة، فكانت هى المعتبرة؛ لما عرف من أن الاعتبار فى الحكم الآخر جزرى العلة. (عز)

(١) اسم دابة، ثم أطلق على الثوب المتخذ من وبرها.

(٢) قوله: "وعكسه" أى وحل عكس الحكم المذكور، وهو ما لحمته إبريسم وسداه غيره فى حرب فقط، أى ولا يلبس فى غيرها، وأما الخالص فلا يلبس فى الحرب عند أبى حنيفة، ويلبس عندهما وهو قول مالك والشافعي؛ لأنه أرفع للسلح وأهب للعدو.

ولأبى حنيفة أن النصوص الناهية عن لبسه لم تفصل بين حال، ورفع السلاح والهيبة يحصلان بالمخلوط الذى لحمته حرير، وأما ما فى "كامل ابن عدى": عن الحكم بن عمير وكان من أصحاب النبى ﷺ قال رخّص رسول الله ﷺ فى لباس الحرير عند القتال، فقد أعلّه عبد الحق بعيسى فى رواية، وقال إنه ضعيف عندهم، بل متروك، وفى "طبقات ابن سعد" بسنده إلى الحسن، قال: كان المسلمون يلبسون الحرير فى الحرب. . . اهـ، وهو على تقدير صحته قابل للتأويل، كما لا يخفى. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "إلا" أى وحل التحلى بهذه الثلاثة إذا كانت من فضة تحقيقًا لمعنى النموذج؛ لأن التحلى بالفضة والذهب من النعم الأخروية، وللنعم الأخروية نموذج فى الدار الدنيا، والفضة أغنت عن الذهب، إذهما من جنس واحد، وقد جاء فى إباحة التختّم بخاتم الفضة آثار، منها ما روى أنه كان له ﷺ خاتم فضة، وفصّه منه نفشه محمد رسول الله، محمد سطر، ورسول سطر، والله سطر، رواه

بكسر الميم وسمى بالفارسية كمربند — ويلحق بالسلطان الأمير
والمنطقة وحلية السيف من الفضة، والأفضل لغير السلطان
أى لغير القاضى — سواء تختم رجل أو امرأة
والقاضى ترك التختم[١]، وحرم[٢] التختم بالحجر والحديد
والرصاص ونحو ذلك
والصفر والذهب[٣]، وحلّ مسمار الذهب يُجعل فى
أى ثقبه — لأنه تابع كالعلم فى الثوب — المتحرك
جحر الفص، وشدّ[٤] السن بالفضّة، لا بالذهب،

الستة. (عز والكشف)

(١) لأنهما محتاجان إلى الختم لا غيرهما.

(٢) قوله: "وحرم" ولا يجوز" للرجل والمرأة أن يتختما بهذه الأشياء، أطلق فى الحجر فشمل أنواع الحجر كلها، واستثنى منه بعضهم الثيب، وهو الأصح، وبعضهم العقيق أيضًا، وهو الأصح أيضًا، قال عليه الصلاة والسلام: «تختّموا بالعقيق فإنه مبارك»، واستدل على حرمة التختّم بالحديد والصفر بأنه عليه الصلاة والسلام رأى على رجل خاتم صفر، فقال: ما لى أجد منك رائحة الأصنام، وبما روى عن عبد الله بن بريدة قال: جاء رجل إلى النبى ﷺ خاتم من حديد، فقال: مالى أرى عليك حلية أهل النار، أخرجها أبو داود والترمذى والنسائى، وأما الحجر فإنه تتخذ منه الأصنام، فأشبه الصفر.

(٣) قوله: "والذهب" أى لايحل للرجال التختم بالذهب، وقد تفوّه بعض من الاعتداد به أن التختم بالذهب كالتختم بالفضّة، وهو ليس إلا كقولهم: كما نص فى القرآن العزيز: ﴿إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا﴾، ألا ترى إلى ما أخرجه الجماعة إلا البخارى من حديث عبد الله بن جبير أن رسول الله ﷺ نهى عن التختّم بالذهب.
وأخرج الترمذى والنسائى عن أبى موسى الأشعرى أن رسول الله ﷺ قال: «حرّم لباس الحرير والذهب على ذكور أمتى وأحل لإناثهم». (عز)

(٤) قوله: "وشد" أى يحل شد السن المتحرك بالفضة، ولا يحل بالذهب، وذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف، وقال محمد رحمه الله: يحل بالذهب أيضًا، وهو رواية عنهما؛ لما روى أن عرفجة بن سعد أصيب الغز يوم كلاب، فاتخذ أنفًا من فضة فأنتن، فأمره النبى ﷺ أن يتخذ أنفًا من ذهب.
ولأن الفضة والذهب من جنس واحد، والأصل الحرمة فيهما، فإذا حل التضبيب بأحدهما حل بالآخر.

ووجه المذكور هنا أن استعمالهما حرام إلا للضرورة، وقد زالت بالأدنى، وهو الفضة، فلا حاجة الأعلى، فبقى على الأصل، وهو الحرمة، والضرورة فيما روى لم تندفع بالفضة، حيث أنتنت؛ ولأن كلامنا فى السن، والمروى فى الأنف، فلا يلزم من عدم الإغناء فى الأنف الإغناء بالسن، ألا ترى أن التختم جاز لأجل الختم، ثم لما وقع الاستغناء بالأدنى لا يصار إلى الأعلى، ولا يجوز قياسه على

أى لا تكره وهو مقيد بما إذا كانت للحاجة لا للتكبّر
وكره(١) إلباسُ ذهب وحرير صبيًا لا الخرقة لوضوء ومخاط والرّتَمُ(٢).

فصل(٣) فى النظر واللمس

الرجل — أى المرأة الحرة الأجنبية
لا ينظر(٤) إلى غير وجه الحرة وكفّيها ولا ينظر من(٥)

الأنف، فكذا هنا.

(١) كالخمر لما حرم شربه حرم سقبه.

(٢) قوله: "والرتم" أى ولا يكره الرتم، وهو الخيط الذى يعقد على الأصبع لتذكر الشيء، فعقده لا يكره؛ لأنه ليس بعبث؛ لأن فيه غرضًا صحيحًا، وهو التذكر، إنما ذكر هذا لأن من عادة بعض الناس شدّ الخيوط على بعض الأعضاء، وكذ السلاسل وغيرها، وذلك مكروه؛ لأنه محض عبث، فقال: إن الرتم ليس من هذا القبيل. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "فصل" لمّا أنهى الكلام على مسائل اللبس، وقدّمه لشدة الاحتياج إليه ذكر بعده مسائل النظر؛ لأنها أكثر وقوعًا من مسائل الاستبراء، فلنا إقدامها ومسائل النظر أقسام أربعة: نظر الرجل إلى المرأة، ونظر المرأة إلى الرجل، ونظر الرجل إلى الرجل ونظر المرأة إلى المرأة، والقسم الأول منها على أربعة أقسام، نظر الرجل إلى الأجنبية، ونظره إلى زوجته وأمته، ونظره إلى ذوات محارمه، ونظره إلى أمة الغير. (التكملة)

(٤) قوله: "لا ينظر" قال الشارح: وهذا الكلام فيه خلل؛ لأنه يؤدى إلى أنه لا ينظر إلى شيء من الأشياء إلا إلى وجه الحرة وكفيها، فيكون تحريضًا إلى النظر إلى هذين العضوين، وإلى ترك النظر إلى كل شيء سواهما. . . اهـ، فلا يخفى متأمل عدم هذا الخلل؛ لأن حرف "إلى" بدل "عن" من الابتدائية التى إلى غايتها، فهو فى قوة المنطوق، فالتقدير لا يجوز له النظر من المرأة إلى غير الوجه وكفيها لا التحريض، والأصل فى هذا أن المرأة عورة مستورة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المرأة عورة»، والمستورة إلا ما استثناه الشرع، وهما عضوان.

ولأنها محتاجة إلى إبداء ذلك لحاجتها إلى الإشهاد، وإلى الأخذ والإعطا، ومواضع الضرورة مستثناة عن قواعد الشرع، ، والقدم كالوجه فى رواية الحسن، كما ذكره الطحاوى؛ لأنها تحتاج إل يد وقدمها إذا مشت حافية ومتنعلةً، وقد لا تجد خفًا فى كل وقت، وأما ذكره فى الهداية عن على من نظر إلى محاسن المرأة أجنبية عن شهوة صب الله فى عينيه الآنُك يوم القيامة، فالمعروف من هذا الحديث من استمع إلى حديث قوم وهم كارهون صب فى أذنيه الآنُك يوم القيامة، وهو الحديث صحيح رواه البخارى. (التكمله بحذف وشرح النقاية)

(٥) قوله: "من [أراد أن صاحب الشهوة لا يجوز له أن ينظر]" لأنه عليه الصلاة والسلام قال

مع جواز النظر إليه عند عدم الشهوة

اشتهى إلى وجهها إلا[١] الحاكم والشاهد[٢]، وينظر[٣] الطبيب
فقط. أي إلى كل بدن الرجل
إلى موضع مرضها، وينظر الرجل إلى الرجل إلا
أي إلا أنه لا ينظر إلى العورة أي وتنظر المرأة أي كما ينظر الرجل إلى الرجل
العورة[٤]، والمرأة[٥] للمرأة، والرجل كالرجل
وهو جواز النظر إلى جمع البدن غير العورة معناه عن شهوة وغير شهوة
للرجل، وينظر الرجل إلى فرج[٦] أمته وزوجته، ووجه[٧]

لعلى رضى الله عنه: «لا تتبع النظرة النظرة فإن الأولى لك والثانية عليك»، وأراد بالثانية النظر عن شهوة، وروى أصحاب السنن مرفوعًا: «أن الله كتب على ابن آدم حظًا من الزنا أدرك ذلك لا محالة، فلا فى المعصيين النظر» الحديث. (عز)

(١) قوله: "إلا" لكن لا يقصد قضاء الشهوة تحرزًا عمله يمكنه التحرز عنه، أما النظر لتحمل الشهادة إن اشتهى، قيل يباح، والأصح أنه لا يباح؛ لأنه يوجد من لا يشتهى، فلا ضرورة، بخلاف حالة الأداء. (الكشف)

(٢) فإنهما ينظر مطلقا للضرورة إحياء لحقوق الناس.

(٣) قوله: "وينظر" أى بقدر الضرورة، إذ الضرورات تتقدر بقدرها، وكذا نظر قابلة وختان، وينبغى أن يعلم امرأة تداويها؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. (الدر)

(٤) قوله: "إلا العورة" أى ما كان عورة له، وهى ما بين سرته إلى ركبته، وتقدم بدليله فى كتاب الصلاة، لا ما كان عورة فى الجملة، فإن نحو رأس المرأة عورة مع أنه من الرجل يجوز النظر إليه. (الكشف)

(٥) قوله: "والمرأة" معناه المرأة والرجل للمرأة كالرجل للرجل، أى نظر المرأة إلى المرأة والرجل كنظر الرجل إلى الرجل، حتى لا يجوز للمرأة أن تنظر منهما إلى ما يجوز للرجل أن ينظر إليه من الرجل إذا أمنت الشهوة والفتنة، لأن ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال، فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة، وإن كان فى قلبهما شهوة، أو فى أكبر رأيها أنها تشتهى، أو شكّت فى ذلك، يستحب لهم أن تغضّ بصرها، ولو كان النظر إلى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر إليه حتمًا مع الخوف؛ لأنه يحرم عليه.

ووجه الفرق بين نظرها ونظره أن الشهوة عليهن غالبة، وهى كالمتحقق حكمًا، فإذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين، وإذا اشتهت هى لم يوجد إلا منها، فكانت من جانب واحد، والموجود من الجانبين أقوى فى الإفضاء إلى الوقوع، وإنما كان للمرأة إلى ما جاز للرجل أن ينظر من المرأة إلى ما جاز للرجل أن ينظر إليه من الرجل للمجانسة، وانعدام الشهوة غالبًا، كما فى نظر الرجل، وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن. (الزيلعى)

(٦) قوله: "فرج" قال عليه الصلاة والسلام: «غضّ بصرك إلا عن أمتك وامرأتك»، أخرجه

أى لا ينظر إلى...إلخ
محرمته[١] ورأسها وصدرها وساقيها وعضُديها، لا إلى ظهرها
الرجل من محارمه من محارمه، أو من الرجل، لا من الأجنبية
وبطنها وفخذها، ويمس[٢] ما حل النظر إليه، وأمة غيره
أى للرجل أى المذكور من الرأس ونحوه وصلية
كمحرمةٍ[٣]، وله[٤] مس ذلك إذا أراد الشراء وان اشتهى،

أبو داود فى الحمام، والترمذى فى الاستئذان، والنسائى فى عشرة النساء، وابن ماجه فى النكاح، كلهم عن معاوية بن حيدة مرفوعًا.

ولأن ما فوق ذلك من الغشيان جائز، فالنظر أولى؛ إلا أن الأولى عدم النظر من كل منهما إلى عورة صاحبه، قال عليه الصلاة والسلام: «إذا أتى أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد البعير»، أخرجه الطبرانى عن أبى أمامة مرفوعًا، والعير: الحمار الوحش، قيّد به لأن فى الأهلى نوع ستر من الأقتاب والشفر. (الكشف وحاشيته)

(٧) قوله: "وجه" أى يجوز أن ينظر إلى وجه محرمه إلى آخر ما ذكره، لا يجوز إلى ظهرها، والأصل فيه قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا لِبُعُولَتِهِنَّ أَوْ آبَائِهِنَّ﴾ الآية، ولم يرد به نفس الزينة؛ لأن النظر إلى عين الزينة مباح مطلقًا، ولكن المراد موضع الزينة، فالرأس موضع التاج، والشعر والوجه موضع الكحل، والعنق والصدر موضعا القلادة، والأذن موضع القرط، والعضد موضع الدملوج، والساعد موضع السوار، والكف موضع الخاتم والخضاب، والساق موضع الخلخال، والقدم موضع الخضاب، بخلاف الظهر والبطن والفخذ؛ لأنها ليست بمواضع الزينة. (الزيلعى)

(١) كأمه وبنته وأخته وعمته وخالته وكل من لا يحل له نكاحها على التأبيد بنسب أو بسبب، كالرضاع والمصاهرة، وإن كان بزنا. (العينى)

(٢) قوله: "ويمس" لتحقق الحاجة إلى ذلك فى المسافرة والمخالطة، وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة، ويقول: أجد منها ريح الجنة، وكان إذا قدم من سفر بدأها فقبلها وعانقها، وقال: من قبّل رجل أمه فكأنما قبل عتبة الجنة، ولا بأس بالخلوة معها. (الزيلعى)

(٣) قوله: "كمحرمة" فينظر إليها كما ينظر إلى محرمه، ويمتنع ما يمتنع من الظهر والبطن؛ لأنها تخرج للخدمة فى ثياب مهنتها، فهى بالنسبة إلى الأجانب خارج البيت، كالحرة بالنسبة إلى الأقارب داخل البيت. (الكشف والعينى)

(٤) قوله: "وله" أى جاز له أن يمس كل موضع يجوز له أن ينظر إليه، كالصدر والساق والذراع والرأس، وتقليب شعره وإن خاف الشهوة؛ لأن هذه الموضع ليست بعورة، فيجوز مسه من غير شهوة، كما يجوز النظر إليه إذا أمن الشهوة، وإن لم يأمن لا يجوز، كالنظر إلا إذا أراد الشراء، فإنه يباح له النظر والمس للضرورة، وتحل الخلوة والمسافرة بها، كما فى ذوات المحارم. (الزيلعى)

أراد به ما يستر ما بين السرة والركبة
ولا[١] تعرض[٢] الأمة إذا بلغت في إزار واحد، والخصي
هو مقطوع الذكر والخصيتين من الرجال
والمجبوب والمخنّث كالفحل[٣]، وعبدها كالأجنبي[٤]،
الواطئ إن شاء الحرة إن شاءت
ويعزل[٥] عن أمته بلا إذنها وعن زوجته بإذنها.

---

(١) قوله: "ولا" لأن ظهرها وبطنها عورة، فلا يجوز كشفهما، والتي بلغت حد الشهوة، فهي كالبالغة لا تعرض في إزار واحد، روى ذلك عن محمد رحمه الله لوجود الاشتهاء (زيلعي).

(٢) يعني إذا أراد أن يعرض أمته للبيع فلا يعرضها في إزار واحد إذا كانت بالغة.

(٣) قوله: "كالفحل" أي كحكم الفحل الخالص في النظر إلى الأجنبية. لقول عائشة رضي الله عنها: الخصاء مثلة، قال العيني: إن هذا لم يثبت عن عائشة رضي الله عنها، وإنما أخرجه ابن أبي شيبة بسنده إلى ابن عباس.

والجواب: أن عدم ثبوته عنده لا يستلزم عدم الثبوت عند المجتهد، لا هيج ما كان حرامًا قبله من كلام عائشة رضي الله عنها، كما يدل عليه كلام الثقات في المعتبرات، فكان أتم الدليل على المدعى.

ولأنه فحل يجامع، وكذا المجبوب؛ لأنه يلحق وينزل، وأما المخنث الذي في أعضاءه لين، وفي لسانه تكسر، ولا يشتهي في النساء، ولا يكون مجيبًا في الرديء من الأفعال، فقد رخّص بعض المشايخ تركه في النساء لآية: ﴿أَوِ التَّابِعِينَ غَيْرِ أُوْلِي﴾ إلا أنه قبل هو المخنث لا يشتهي النساء.

وقال شمس الأئمة: إن آية ﴿أَوِ التَّابِعِيْنَ﴾ متشابه، وآية ﴿قُلْ لِّلْمُؤْمِنِيْنَ يَغُضُّوا مِنْ أَبْصَارِهِمْ﴾ محكم، فنأخذ به، ونقول: كل من الرجال لا يحل له النظر إلا الصغير لآية: ﴿أَوِ الطِّفْلِ﴾. (الكشف)

(٤) قوله: "كالأجنبي" أي عبد المرأة كالأجنبي من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدي من زينتها إلا ما يجوز أن تبديه للأجنبي، ولا يحل له أن ينظر من سيدته إلا ما يجوز أن ينظر إليه من الأجنبية.

وقال مالك والشافعي رحمهما الله: نظره إليها كنظر الرجل إلى محارمه، لقوله تعالى: ﴿أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُنَّ﴾، ولا يجوز حمله على الإناث، لأنهن دخلن في قوله تعالى: ﴿أَوْ نِسَائِهِنَّ﴾.

ولنا أنه فحل غير محرم، ولا زوج، والشهوة متحققة، والحاجة قاصرة؛ لأنه لا يعمل خارج البيت، والمراد بالنص الإماء دون العبيد، قال سعيد بن جبير، وسعيد بن المسيب والحسن: "لا تغرنّكم سورة النور فإنها في الإناث لا في الذكور". (الزيلعي بحذف)

(٥) قوله: "ويعزل" أي يعزل المولى ماءه عن أمته عند الجماع بلا إذن الأمة؛ لأنه لا حق لها في الوطء، ولا يعزل الزوج عن زوجته إلا بالإذن؛ لأن لهما حقًا في الوطء، ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة إلا بإذنها، وقال لمولى أمة: اعزل عنها إن شئت. (المجمع والزيلعي)

فصل فى الاستبراء[1] وغيره

بشراء، أو هبة، أو إرث، أووصية، أو غيرها
من[2] ملك أمة حرم وطئها ولمسها والنظر إلى فرجها
المولى أو لمسهما
بشهوة حتى تستبْرئ، له[3] أمتان[4] أختان قبلهما بشهوة

---

(١) قوله: "الاستبراء" وهو طلب براءة الرحم عن الحمل، وهو نوعان: مستحب، وهو أن البائع يستبرئها إذا أراد بيعها، وواجب: وهو على المشترى، وعند مالك يجب الاستبراء على البائع صيانة لماءه، إذ يحتمله أنها علقت منه.

ولنا أنها ملك البائع، وحقه قائم فى الوطء، فلا يمنع منه، وما قاله من الصيانة يحصل الاستبراء للمشترى. (الشلبى)

(٢) قوله: "ومن" أى وإذا حدث ملك أمة ولو بكرًا أو صغيرية أو مشترية ممن لا يطأ، بأن اشتراها من محرمها، أو من مال صبى حرم وطءها ودواعيه من اللمس وغيره حتى تستبرئ بحيضة بعد القبض فيمن تحيض، وبشهر فى ذات شهر لآيس أو صغيرة بوضع الحمل فى الحامل، لما أخرجه أبو داود والحاكم، وقال صحيح على شرط مسلم عن أبى سعيد الخدرى أن النبى ﷺ قال فى سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض».

وحرم دواعى الوطء فى الظاهر؛ لأنها قد تفضى إليه، وما تفضى إلى الحرام حرام بحديث الراعى حول الحمى، وإنما حل الدواعى فى الحيض والصوم؛ لأن الوطء حرم فى الحيض لمعنى الأذى، وذلك لا يوجد فيه، ولأن الصوم قد يمتد إلى شهر، فيؤدى إلى الحرج، كذا قالوه، والأولى أن يقال: أنه يستفيد من الأحاديث الواردة فيها. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "له" فى شرح النقاية": ومن فعل بشهوة إحدى دواعى الوطء، وهى القبلة واللمس والنظر إلى الفرج بأمتيه حال كونهما لا يجتمعان نكاحًا حرم عليه وطءها بدواعيه حتى يحرّم أحدهما بتمليك كلها أو بعضها؛ لأن الجمع بين الأختين المملوكتين لا يجوز وطءهما لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَنْ تَجْمَعُوْا بَيْنَ الأُخْتَيْنِ﴾ لأن المراد به الجمع بينهما وطءً وعقدًا؛ لأنه معطوف على المحرمات وطءًا وعقدًا، ولا يعارض بها قوله تعالى: ﴿إلا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ لأن الترجيح للمحرم؛ ولأنه استثناء من المحصنات من النساء، والمراد المسبيات.

وكذا لا يجوز الجمع بينهما فى الدواعى؛ لأن النص مطلق، فيتناولهما، أو لأن الدواعى إلى الوطء بمنزلة فى التحريم... اهـ.

قال فى العناية: وهذه على ثلاثة أوجه: إما أن يقبلهما، أو لا يقبلهما، أو يقبل أحدهما، فإن لم يقبلهما أصلا، فإن له أن يقبل أو يطأ أيهما شاء، سواء اشترهما معًا أو متعاقبًا، وإن قبل: أحدهما كان له أن يقبل المقبلة وأن يطأ دون الأخرى، وإن قبلهما بشهوة فهى مسألة المتن. (التكملة)

وإذا لم يكن بشهوة لا تكون معتبرة — لا على التعين — وهى القبلة أو اللمس

حـــــرم وطء واحدة منهما، ودواعيه حتى يحرّم فرج

بأن يملك رقبتها من إنسان

الأخرى بملك، أو نكاح[١]، أو عتقٍ، وكره[٢] تقبيل[٣] الرجل

---

(٤) المراد أنهما لا يجتمعان نكاحًا كانتا أختين أم لا.

(١) صحيح حتى لو زوج إحداهما نكاحًا فاسدًا لا يباح وطء الأخرى إلا أن يدخل الزوج.

(٢) قوله: "وكره" أى وكره للرجل تقبيل الرجل فى فمه أو شىء منه، وعناقه فى إزار واحد، ولو بلا شهوة عند أبى حنيفة ومحمد، وعند أبى يوسف لا بأس بذلك عند عدم الشهوة؛ لما أخرجه الحاكم فى "المستدرك" وقال: إسناده صحيح لا غبار عليه، من حديث ابن عمر قال: وجّه رسول الله ﷺ جعفر بن أبى طالب إلى بلاد الحبشة، فلما قدم منها أعتنقه النبى ﷺ وقبّل بين عينيه، فصار كالمصافحة.

وتقبيل يد العالم العامل والسلطان للتبرك، أما المصافحة فلقوله عليه السلام: «إن المؤمن إذا لقى المؤمن فسلم عليه وأخذ بيده تناثرت خطاياهما كما تناثر ورق الشجر»، رواه الطبرانى فى "معجمه الأوسط".

وأما التقبيل فلقول ابن عمر: "كنّا فى السرية من سرايا رسول الله ﷺ، فدنونا من النبى ﷺ فقبلنا يده"، رواه أبو داود والترمذى.

وأما ما قيل: إن حديث جعفر محمول على ما قبل التحريم فغير ظاهر، بل ينبغى أن يخص جواز المعانقة بالقادم من السفر، ثم لا بأس بتقبيل يد العالم والسلطان العادل على سبيل التبرّك، وكذا تقبيل يد الأبوين والشيخ والرجل الصالح. وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه إذا لقى غيره فمكروه، وما يفعلون من تقبيل الأرض بين يدى السلطان والمشايخ فحرام، والفاعل والراضى به آثم؛ لأنه يشبه عبادة الأوثان، وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود؛ لأنه يريد به التحية، ففهم منه لأنه لو سجد لتعظيم كفر، كما صرّح به السرخسى.

ولهما ما روى ابن أبى شيبة وعبد الرزاق فى "مصنفيهما" من حديث عامر الحجرى قال: سمعت أبا ركانة، وفى نسخة صحيحة أبا ريحانة صاحب النبى ﷺ، واسمه سمعون بالمهملة أو المعجمة، قال: «كان رسول الله ﷺ ينهى عن مكامعة أو مكاعمة المرأة المرأة ليس بينهما شىء وعن مكاعمة أو مكاعمة الرجل الرجل ليس بينهما شىء»، قال أبو عبيد القاسم بن سلام: والمكاعمة أن يلثم الرجل فاه صاحب، والمكاعمة أن يضاجع الرجل صاحبه فى ثوب واحد.

وفى سنن الترمذى عن أنس قال رجل: يا رسول الله! الرجل منا يلقى أخاه أو صديقه أينحنى له، قال: لا، قال: أيلتزمه ويقبله، قال: لا، قال: فيأخذه بيده ويصافحه، قال: نعم، ويمكن الجمع بأن نهى التقبيل محمول على تقبيل الفم، ونهى العناق على غير القادم، أو على ما كان بإزار واحد.

وأما الانحناء للسلطان أو غيره فمكروه، ويحرم تقبيل الأرض بين يدى العالم والشيخ أو السلطان للتحية، وأما السجود فحرام، واختلف فى كونه كفرًا. (شرح النقاية بحذف)

ومعانقته في إزار واحدٍ وإن كان عليه قميصٌ (أو جبة) جاز (بالإجماع) كالمصافحة(١).

فصل(٢) في البيع والاحتكار والإجارة وغيرها

كره(٣) بيع(٤) العذرة (رجيع الآدمي) لا السرقين(٥)، له(٦) (أي يجوز للرجل) شراء أمةِ زيد قال بكر وكلني زيدٌ ببيعها، وكره(٧) لربّ الدَين أخذ ثمن خمرٍ

(٣) هذا لو عن شهوة، أما على الوجه البر فجائز عند الكل.

(١) أي كما تجوز المصافحة لا لما سنة قديمة متوالية في البيعة وغير ذلك.

(٢) قوله: "فصل" أخر فصل البيع عن فصل الأكل والشرب واللمس والوطء؛ لأن أثر تلك الأفعال متصل ببدن الإنسان، وما كان أكثر اتصالا كان أحق بالتقديم. (التكملة)

(٣) قوله: "كره" أي وكره بيع العذرة خالصة، وصح بيعها مخلوطة بمنزلة زيت خالطه نجاسة، وجاز الانتفاع بهذه، أي بهذه المخلوطة؛ لأن العادة لم تجر بالانتفاع خالص العذرة، وجرت بالمخلوطة.

وفي "شرح الكنز": والصحيح عن أبي حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز، وصح بيع السرقين؛ لأنه ينتفع به، ويدّخر لوقت الحاجة، فإنه يلقى في الأرض لاستكثار الزرع. (شرح النقاية)

(٤) وكذا بيع ما انفصل من الآدمي كالشعر والظفر ولذا وجب دفنه.

(٥) بفتح السين وكسرها وبالجيم والقاف الشرحين كلمة أعجمية وأصلها سرگين.

(٦) قوله: "له" معناه أن جاريةً لإنسان فرأى أخر يبيعها، فقال البائع وكلني مولاها، حلّ له أن يشتريها ويطاها؛ لأنه أخبر بخبر صحيح لا منازع فيه، وقول الواحد في المعاملات مقبول بشرط أن يكون مميزا على ما بينا من قبل، وكذا إذا قال: اشتريتها منه أو وهبني إياها، أو تصدق بها على ما ذكرنا، ولا فرق بين ما إذا كان يعلم أنها لا له، أو لم يعلم؛ لأن خبره هو المعتمد عليه؛ لأن الخبر دليل شرعي، ألا ترى أنه يقبل فيما هو أعظم، وهو الفروج، بأن زفت إليه امرأة، وقال النساء هي امرأتك، حل له وطءها. (الزيلعي)

(٧) قوله: "وكره" معناه: إذا كان لشخص مسلم دين على مسلم، فباع الذي عليه الدين خمرًا، وأخذ ثمنها، وقضى به الدين، لا يحل للدائن أن يأخذ ثمن الخمر بدينه، وإن كان البائع كافرًا جاز له أخذه، والفرق أن البيع في الوجه الأول باطل؛ لأن الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم، فيبقى الثمن على ملك المشتري، فلا يحل له أخذه من البائع، وفي الوجه الثاني صح البيع؛ لأنه مال متقوم في حق الكافر، وملكه البائع، فيحل الأخذ منه، بخلاف المسلم لما ذكرنا. (الزيلعي)

إذا علم / كتبن وعنب ولوز / كتبن وقت
باعها مسلم لا[١] كافر، واحتكار[٢] قوتِ الآدمى والبهيمة فى
أى لا يكره احتكار غلة / أى الذى / لا فى الغلاء، ولا فى الرخص
بلد يضرّ بأهله لا[٣] غلة ضيعته، وما جلبه من بَلَدٍ آخر، ولا[٤]

(١) أى لايكره للمسلم أخذ دينه فمن ثمن خمر باعها ثمن كافر.

(٢) قوله: "واحتكار [وحبس الطعام للغلاء افتعال من حكمه إذا ظلم ونقص]" أى وكره كراهة تحريم احتكار قوت البشر والبهائم، ، كالحنطة والشعير والتبن فى بلد يضر أهله؛ لما أخرجه مسلم عن معمر بن عبد الله العدوى أن النبى ﷺ قال: «لا يحتكر إلا خاطئ -أى مذنب-»، وأخرج ابن ماجه فى "سننه"، وأبو يعلى الموصلى فى "مسنده": عن عمر بن الخطاب قال: قال رسول الله ﷺ: «الجالب مرزوق والمحتكر ملعون».

أما لو لم يضر بهم، بأن كان المصر كبيرًا، لا يكره؛ لأنه حابس لملكه من غير إضرار غيره، وقال أبو يوسف: كل ما أضر بالعامة فهو احتكار، ولو كان ثيابًا أو دراهم، ثم إذا قصر المدة لا يكون حبس الفوت احتكاراً لعدم الضرر، بخلاف ما إذا طالت لتحققه.

وحد المدة الطويلة أربعون يومًا؛ لما أخرجه أحمد وابن أبى شيبة البرار، والحاكم فى "المستدرك": عن ابن عمر عن النبى ﷺ أنه قال: من احتكر طعامًا أربعين ليلةً فقد برئ من الله وبرئ الله منه، وأيما أهل عرصة بات فيهم امرؤ جائع، فقد برئت منهم ذمة اليد، وقيل: المدة للمعابة المضروبة فى الدنيا، بأن أمره القاضى ببيعه عنهم، هو الصحيح، وأما الاثم فيحصل وإن قصرت. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "لا" أى لا يكره احتكار غلة أرضه، أو احتكار ما جلبه من بلد آخر؛ لأنه خالص حقه، فلم يتعلق به حق العامة، فلا يكون احتكاراً، ألا ترى أنه لو يزرع ولا يجلب، فكذا له أن لا يبيع، وهذا فى المجلوب قول أبى حنيفة خاصة؛ لأن حق العامة يتعلق بما جلب، وجمع فى المصر أو فى فنائه لم يتعلق حقهم بما فى بلد آخر، فإذ نقله من بلد آخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم به، فصار كغلة ضيعة، والجامع عدم تعلق حقهم به ما إذا كان له أن لا ينقل كما كان له أن لا يزرع، فكذا له أن لا يبيع ذلك.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يكره له حبس ما جلبه من بلد آخر لإطلاق ما روينا، وقال محمد رحمه الله: إن نقله من موضع يجلب منه إلى المصر فى الغالب يكره حبسه؛ لأن حق العامة تعلق به؛ لأنه بمنزلة فناء المصر، ألا ترى أنه كان ينقل لو لم يأخذه هو، بخلاف ما إذا نقل من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه إلى المصر؛ لأنه لم يتعلق به حقهم، ألا ترى أنه لو لم يأخذه لم ينتقل إليهم، فصار كغلة ضيعته. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولا" أى وكره تسعير الحاكم لما أخرجه أبو داود وابن ماجه والترمذى، وقال: حديث حسن صحيح من حديث أنس رضى الله عنه قال: قال الناس: يا رسول الله! غلا السعر فسعّر لنا، فقال رسول الله ﷺ: «إن الله هو المسعر القابض الباسط الرازق وإنى لأرجو أن ألقى الله وليس أحد منكم يطالبنى بمظلمة من دم ولا مال».

يُسعِّر السلطان إلا أن يتعدى (عن القيمة) أرباب الطعام عن القيمة تعدّيا فاحشا، وجاز[١] (أى جاز) بيع العصير (بيع عصر العنب) من خمّار (من الذى يعمل الخمر) وإجارة[٢] (وجاز أيضًا) بيت ليتخذ (المستأجر) فيه بيت نار (معبد المجوس)، أو بيعة (لليهود)، أو كنيسة (للنصارى)، أو يباع فيه خمر بالسـواد (أى القرى دون الأمصار)، وحملُ[٣] (وجاز) الخمر لذمّى بأجر وبيع[٤] بناء بيُوتِ مكة وأرضها[٥]،

ولأن الثمن حق الملاك، فلا ينبغى للإمام أن يتعرض حقهم إلا إذا تعدى أرباب السلع عن القيمة تعدّيًا فاحشًا، بأن باعوا بضعف القيمة، وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسمين إلا بالتسعير، فإنه يسعّر لما فيه من رفع الضرر العام، ولكن بمشورة أهل الرأى. (شرح النقاية بحذف)

(١) قوله: "وجاز" لأن المعصية لا تقوم بعينه، بل عد تسعيره، بخلاف السلاح من أهل الفتنة؛ لأن المعصية تقوم بعينه، فيكون إعانة لهم، وسببا، وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإجارة" أى إجارة البيت ليتخذ معبدًا للكفار، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وما لا لا ينبغى أن يكريه لشيء من ذلك؛ لأنها إعانة على المعصية، وقد قال الله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلا تَعَاوَنُوا عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾.

له أن الإجارة على منفعة البيت، ولهذا يجب الأجر بمجرد التسليم، ولا معصية فيه، وإنما المعصية بفعل المستأجر، وهو مختار فيه لقطع نسبته عنه، فصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها، أو يأتيها من دبرها، أو بيع الغلام من لوطى.

والدليل أنه لو أجره للسكنى جاز، وهو بدله فيه من عبادته، وإنما قيده بالسواد؛ لأنهم لا يمكنون من إحداث المعبد وإظهار بيع الخمور والخنازير فى الأمصار؛ لظهور شعائر الإسلام فيها، فلا يعارض بإظهار شعائر الكفر، بخلاف السواد. (الزيلعى بحذف)

(٣) قوله: "وحمل" أى جاز ذلك أيضًا، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: هو مكروه؛ لأنه عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرة، وعدّ منها حاملها.

وله: أن الإجارة على الحمل، وهو ليس بمعصية، ولا تسبب لها، وإنما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار، وليس الشرب من ضرورات الحمل؛ لأن حملها قد يكون للإراقة أو التخليل، فصار كما لو استأجره لعصير العنب أو قطفه، والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية.

وعلى هذا الخلاف إذا آجره دابة لينقل عليها الخمر، أو أجرة نفسه له يرعى له الخنازير، فإنه يطيب له الأجر عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما يكره. (الزيلعى)

(٤) أى وجاز بيع . . . إلخ بالإجماع؛ لأنه ملك لمن بناه كمن بنى فى أرض وقف.

(٥) قوله: "وأرضها" أى جاز بيع أراضى بيوت مكة، وهو قولهما وإحدى روايتين عن الإمام؛

بفتح النون أى نقطة المصحف، وهو إظهار إعرابه

وتعشير[١] المصحف ونقطه وتحليته[٢] ودخول[٣] ذمّى فى مسجد وعيادته[٤]، وخِصاء[٥] البهائم، وإنزاء[٦] الحمر على

لأن أرضها مملوكة لأهلها لظهور آثار الملك، وهو الاختصاص بها شرعا، وقوله ﷺ: «وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك إلى ملك»، وقد تعارف الناس بيع أراضيها والدور التى فيها من غير نكير، وهو من أقوى الحجج.

وقال أبو حنيفة: لا يجوز بيع أراضيها؛ لما روى أنه ﷺ قال: من أكل أجر أرض مكة فإنما أكل الربا، وبقولهما يفتى، وجزم فى "البزازية": بقول الإمام: وهو الكراهة، وأخر دليله فى الهداية، فدل على اختياره، وأما إجارتها فتكره كما فى "التبيين" و"الهداية"، وقال فى مختارات النوازل لصاحب "الهداية": لا بأس بإجارتها. (الطحطاوى)

(١) قوله: "وتعشير [وهو أن يجعل على كل عشر آيات من القرآن الكريم علامة]" لأن القراءة والآى توقيفية ليس للرأى فيها مدخل، فبالتعشير حفظ الآى، وباللفظ حفظ الأعراب، فكانا حسنين؛ ولأن العجمى الذى لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة، أو بالنقط مكانًا حسنًا، وما روى عن ابن مسعود أنه قال: جرّدوا القرآن، فذاك فى زمنهم؛ لأنهم كانوا ينقلونه عن النبى ﷺ كما أنزل، فكانت القراءة سهلة عليهم، وكانوا يرون النقط مخلا يحفظ الأعراب والتعشير بحفظ الآى، ولا كذلك العجم فى زماننا، فيستحسن لعجز العجمى عن التعلم إلا به، وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامى السور وعدّ الآى، فهو وإن كان محدثا فمستحسن، وكم من شيء فيختلف باختلاف الزمان وامكان. (الزيلعى)

(٢) أى وجاز أيضًا تحلية المصحف بماء الذهب والفضة واللازورد ونحوها لما فيه من تعظيمه.

(٣) قوله: "ودخول" يعنى جاز دخول الذمى جميع المساجد عندنا، وقال مالك: يكره فى كل المساجد، وقال الشافعى: يكره فى مسجد الحرام لقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا الْمُشْرِكُوْنَ نَجَسٌ فَلَا يَقْرَبُوا الْمَسجِدَ الْحَرَامَ﴾، ولأن الكافر لا يخلو عن النجاسة والجنابة، فوجب تنزيه المسجد عنه.

ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أنزل وفد ثقيف فى المسجد، وضرب لهم خيمة فى المسجد، فقال الصحابة: المشركون نجس، فقال عليه الصلاة والسلام: ليس على الأرض من نجاستهم شيء، وإنما نجاستهم على أنفسهم، والنجاسة المذكورة فى الآية للخبث فى اعتقادهم؛ لأن كل خبث رجس وهو النجس، والمراد بالمنع منعهم عن الطواف، ولما أعلى الله كلمة الإسلام منعهم ﷺ من الدخول، فالطواف والتعميم المذكور ههنا المذكور فى "الجامع الصغير". (التكملة)

(٤) قوله: "وعيادته" أى وجاز أيضًا عيادة الذى هو إذا مرض بالإجماع؛ لأنه نوع بر فى حقهم، وما نهينا عنه، وصح أنه عليه الصلاة والسلام عاد يهوديًا مرض بجواره، رواه البخارى فى الجنائز، وفى الطب. (الكشف وحاشيته)

(٥) قوله: "وخصاء [من خصيت الفرس خصاءً وإخصاء إذا انزعت بيضه]" لأن فيه منفعة البهيمة والناس، فإن فيه سمنها وطيب لحمها، وقد ضحى عليه السلام بكبشين أملحين موجوئين.

وجاز أيضًا
الخيل، وقبول(١) هدية العبد التاجر، وإجابةُ دعوته، واستعارةُ
أراد قبول هدية إذا كانت ثوبًا — أي وكره أيضًا
دابته، وكره كسوته الثوبَ وهدية(٢) النقدين واستخدام(٣)
وكره أيضًا
الخصي، والدعاء(٤) بمعقد العزّ من عرشك، وبحق(٥) فلان،

(الكشف)

(٦) قوله: "وإنزاء [من النزو وهو يوثب وهو كناية عن السفاء وهو الجماع]" وقد صحّ أنه عليه الصلاة والسلام ركب البغلة، رواه البخارى ومسلم، فلو كان هذا الفعل حرامًا لما ركبها لما فيه من فتح بابه، وما ورد فيه من النهى كان لأجل تكثير الخيل. (الكشف وحاشيته والزيلعى)

(١) قوله: "وقبول" إلى النقدين، والقياس أن لا يجوز الكل؛ لأنه تبرع، والعبد ليس من أهله، لكن جوز فى الشيء اليسير للضرورة استحسانًا؛ لأنه لا يجد بدا منه، كالضيافة ليجتمع المجاهزون، ويجلب قلوب المعاملين، فكان من ضرورات التجارة؛ لأن من فتح الدكان، وطلب منه شربة ماء، ومنعه ينسب إلى البخل، فلا يجتمعون إليه، وينسد باب عليه باب التجار. (حاشية الكشف)

وقد صحّ أن سلمان الفارسى أهدى إلى النبى ﷺ خطابة قبل أن يعتق، فقبلها النبى ﷺ، أخرجه ابن حبان فى "صحيحه"، وأبو نعيم فى "دلائل النبوة"، وقبل هدية بريرة، فقال: لها صدقة ولنا هدية.

ولقائل أن يقول: هديتها كانت بعد الكتابة فتأمل [عز]، وكان عليه الصلاة والسلام يجب دعوة المملوك، وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم حتى روى عن أبى سعيد مولى أبى أسيد أنه قال: دعوت رهطًا من أصحاب رسول الله فيهم أبو ذر رضى الله عنهم، فحضرت الصلاة فقدمونى وأنا يومئذٍ عبد، ولا ضرورة فى الشيء الكثير كالدراهم والثياب، فبقى الأصل. (الزيلعى)

(٢) أى وكذلك كره هدية النقدين أى الدراهم والدنانير.

(٣) لأن الرغبة فى استخدامه حث الناس على هذا الصنيع.

(٤) قوله: "والدعاء" أى يكره أن يقول فى دعاءه: اللهم إنى أسألك بمعقد العز من عرشك، وللمسألة عبارتان بمعقد وبمقعد، فالأولى من القعود، والثانية من العقود تعالى الله عن ذلك علوًا كبيرًا، ولا شك فى كراهة الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى، وكذا الأولى؛ لأنه يوهم أن عزه متعلق بالعرش، ولعرش حادث، وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة، والله متعالٍ عن تعلق عزه بالحادث، بل عزه قديم؛ لأنه صفته، وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفا بها، لم يزل ولن يزال فى الأبد، ولم يزد شيئًا من الكمال لم يكن فى الأزل بحدوث العرش وغيره.

وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به، وبه أخذ الفقيه أبو الليث؛ لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان من دعاءه: «اللهم إنى أسألك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الأعظم وجدك الأعلى وكلماتك العامة».

والأحوط فى الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعى، إذ المتشابه يثبت بالقطعى، ولو جعل

أي وكره اللعب بالنرد إجماعًا

واللعب بالشطرنج[١] والنرد وكل[٢] لهوٍ، وجعلُ[٣] الراية

العز صفة للعرش كان جائزا؛ لأن العرش موصوف فى القرآن بالجد والكرم، فكذا بالعز، ولا يشك أحد أنه موضع الهيبة، وإظهار كمال القدرة، وإن كان الله مستغنيا عنه . (الزيلعى)

وهنا بحث شريف مذكور فى الطحطاوى، فإن شئت زيادة التحقيق فطالعه (عز)

(٥) قوله: "بحق" أي يكره أن يقول فى دعاءه بحق فلان، وكذا بحق أنبياءك وأولياءك، وبحق رسلك، وبحق البيت أو المشعر الحرام؛ لأنه لا حق للخلق على الله تعالى، وإنما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه، ولو قال رجل لغيره: بحق الله، أو بالله أن تفعل كذا، لا يجب عليه أن يأتى بذلك شرعًا، وإن كان الأولى أن يأتى به. (الزيلعى)

(١) قوله: "بالشطرنج" قد أكثر سفهاء زماننا فيه حتى إن بعض الجهال صنف رسالة شنع فيها على كل من منعه قابله الله وكفاه عن المسلمين.

اعلم أن المسألة مختلفة بين الشوافع والأحناف، فقالت الشافعية: إنه مباح إذا لم يكن قمارًا، ولا خلال بشيء من الواجبات، أو فيه تشحيذ الخواطر، وتزكية الأفهام، قال سهل بن محمد الصعلوكى رئيس أصحاب الشافعي: إذا سلمت اليد من الخسران، والصلاة من النسيان واللسان من الهذيان، فهو أدب بين الخلان، ولو أكثر منه ردت شهادته، وفى المجتبى قول الشافعي رواية عن أبى يوسف.

ولنا ما أخرجه العقيلي فى ضعفاءه عن أبى هريرة قال: مرّ رسول الله ﷺ بقوم يلعبون بالشطرنج فقال: ما هذه الكوبة ها عنها لعن الله من يلعب بها الكوبة النرد، وما رواه ابن حبان فى "ضعفاءه": عن واثلة ابن الأسقع عن النبى ﷺ قال: «إن لله عز وجل فى كل يوم ثلاثة مائة وستين نظرة لا ينظر فيها إلى صاحب الشاة -يعنى الشطرنج-»، وأيضًا وهو لهو يصد صاحبه عن ذكر الله، وعن الصلاة غالبًا، فيكون حرامًا، كالخمر والميسر.

وروى أن عليًا رضى الله عنه مرّ بقوم يلعبون بالشطرنج فلم يسلم عليهم، فقيل له: ذلك، قال: كيف أسلم على قوم يعكفون على أصنام لهم، فبعد هذه الدلائل أهل يسوغ لسفيه أن يقول: هو مباح عند الشوافع مطلقًا. (عز)

(٢) قوله: "وكل" أي وكذا يكره كراهة تحريم كل لهو لما أخرجه الحاكم فى "المستدرك"، وقال: حديث صحيح على شرط مسلم، عن أبى هريرة أن رسول الله ﷺ قال: «كل شيء من لهو الدنيا باطل إلا ثلاثة انتصالك بقوسك وتأديبك فرسك وملاعبتك أهلك فإنهن من الحق»، وفيه دلالة على أن الشطرنج لعب باطل، كما يدل عليه صيغة الحصر فى لهو الحق. (شرح النقاية بزيادة)

(٣) قوله: "وجعل [أي لا يجوز وهو معطوف على اللهو]" صورته أن يجعل فى عنقه طوق مسمر بمسمار عظيم يمنعه من تحريك رأسه، وهو معتاد بين الظلمة، وإنه حرام؛ لأنه عقوبة الكفار، فيحرم كالإحراق بالغار، وقال عليه الصلاة والسلام: «لا تعذبوا بعذاب الله»، وفى "النهاية": أنه علامة بأنه آبق، وقال: لا بأس به زماننا لغلبة الإباق. (الزيلعى)

لأنه سنة المسلمين فى الفساق — أى وحل أيضًا — من بيت المال

فى عنق العبد، وحل قيده، والحُقنة[١] ورزق[٢] القاضى،

وحل أيضًا — والمكاتبة — وحل أيضًا — لاستغنائه كاستئجار الظئر

وسفر[٣] الأمة وأم الولد بلا محرم، وشراء[٤] ما لا بدّ للصغير

---

(١) قوله: "والحقنة" أى دخلت الحقنة للتداوى إذا خرج أصحاب السنن الأربعة عن أسامة رضى الله عنه قالوا: يا رسول الله أنتداوى؟ فقال عليه السلام: «تداووا فإن الله عزوجل لم يضع داء إلا وضع له الدواء إلا المسام والهرم».

ولا يجوز استعمال المحرم فى الحقنة وغيرها كالخمر ونحوها؛ لأن التداوى بالمحرم حرام، ثم التداوى بالحلال جائز، لا واجب، فمن ترك المعالجة فمات لم يمت عاصيا؛ لأنه ليس فى ترك المعالجة إهلاك النفس إذ ربما لا ينفعه المعالجة. (شرح النقاية وحاشية الكشف)

(٢) قوله: "رزق" أى وجاز رزق القاضى من بيت المال لو بيت المال حلالا جمع بحق (لأنه حبس نفسه لمصلحة المسلمين الحبس من أسباب النفقة، وعلى هذا كانت الصحابة والتابعون، وقد فرض رسول الله ﷺ لبعض عماله) وإلا لم يحل، وعبر بالرزق ليفيد تقديره بقدر ما يكفيه وأهله فى كل زمان ولو غنيا فى الأصح، وهذا لو بلا شرط، ولو به كالأجرة فحرام؛ لأن القضاء طاعة، فلم تجز كسائر الطاعات، وعليه الفتوى.

ولو أخذ الرزق فى أول السنة ثم عزل قبل مضى السنة، قيل: يجب عليه رخصة ما بقى من السنة، وقيل: هو على الاختلاف فى الزوجية على ما بيناه. (الدرّ والطحطاوى والزيلعى)

(٣) قوله: "وسفر" أى يجوز لهما السفر بغير محرم؛ لأن الأمة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع إلى النظر والمس على ما بينا من قبل، فكلما يجوز للحرة أن تسافر بيع المحرم، فكذا هى مع الأجنبى وأم الولد أمته لقيام الرق فيها، وكذا المكاتبة؛ لأنها مملوكة رقبة، وكذا معتقة البعض عند أبى حنيفة رحمه الله لأنها كالمكاتبة عنده فى الكافى، قالوا: هذا فى زمانهم لغلبة أهل الصلاح فيه، وأما فى زماننا فلا لغلبة أهل الفساد فيه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وشراء" أى يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لابد له منه إذا كان الصغير فى حجرهم، وذلك مثل النفقة والكسرة؛ لأنهم لو لم يكن لهم ذلك لتضر الصغير، وهو مرفوع، وأصله أن التصرف على الصغير على ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض، فيملكه كل من هو فى يده وليّا كان أو لم يكن وليا لقبول الهبة والصدقة، ويملكه الصبى بنفسه إذا كان مميزا أو نوع هو ضرر محض، كالعتاق والطلاق، فلا يملكه عليه أحد.

ونوع هو متردد يحتمل أن يكون نفعا، ويحتمل أن يكون ضررًا، وذلك مثل البيع، وللإجارة للاسترباح، فلا يملكه إلا الأب والجد، و وصيهما، ويملكونه سواء كان الصغير فى أيديهم أو لم يكن؛ لأنهم يتصرفون عليه بحكم الولاية، فلا يشترط أن يكون فى أيديهم، وفيه نوع رابع، وهو الإنكاح، فيجوز من كل عصبة، ومن ذوى الأرحام عند عدمهم عند أبى حنيفة، ولا يجوز من غيرهم. (الزيلعى بحذف)

أى لو كان الصغير فى...إلخ أى الصغير

منه، وبيعه للعمّ والأم والملتقط لو فى حجرهم وتؤجره[1] أمّه

أى دون العم، والملتقط سواء كان فى حجرها أولا

فقط.

(١) قوله: "وتؤجر" معناه أن الصغير لا يؤجر واحد من هؤلاء الثلاثة إلا الأم، فإنها تؤجره إذا كان فى حجرها، ولا يؤجرها الأخ ولا العم، ولا الملتقط، والفرق أن الأم تملك الكلال منافقه بغير عوض بأن تستخدمه، ولا يملكه هؤلاء، وهذه رواية "الجامع الصغير"، وفى رواية القدورى: يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه فى صناعة، فجعله من النوع الأول، وهذا أقرب؛ لأن فيه ضرورة ونفعًا محضًا للصغير. (ز)

لعل مناسبته أن ما فى ما يكره وما لا يكره

كتاب إحياء[١] الموات[٢]

أى ثم ذهب الماء عنه وإلا فكيف بعمر.

هى أرض تعذر[٣] زرعها لانقطاع[٤] الماء عنه، أو لغلبته عليه غير[٥] مملوكة بعيدة[٦] من العامر[٧]، ومن أحياه بإذن[٨]

لأحد وسيأتيك الخلاف فيه أى الموت

(١) قوله: "إحياء" المراد بالإحياء جعل الأرض صالحة لإنماء الزرع بعد أن لم تكن كذلك؛ لأن إحياء كل شيء بما يليق به. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "الموات" هو بفتح الميم وضمها لغةً: أرض لا مالك لها، وفى الحموى عن القاموس: الموات كسحاب وغراب ما لا روح فيه، أو أرض لا مالك لها، آه، فقول "الدر": الموات لغةً: حيوان مات ذهنًا مستعار ومستعار . . . اهـ، قوله: لأهل اللغة. (ط)

(٣) قوله: "تعذر" كأنه أراد بتعذر زرعهما عدم الانتفاع بها لا ما فى "الهداية": الموات ما لا ينتفع بها من الأراضى . . . اهـ، فدخل فى الموات ما إذا كانت فى جنب الفرات يمكن وصول الماء إليها، لكنها لم يعمرها أحد . (الكشف)

(٤) أى لفقده الماء، سواء كان له، ثم انقطع أو لم يكن أصلا .

(٥) قوله: "غير" أما ما كان مملوكًا فى الإسلام لكن لا يعرف له مالك معين، فهو موات عند بعض المشايخ، وكاللقطة عند آخرين . (الكشف)

(٦) قوله: بعيدة" فقوله: هى أرض بمنزلة الجنس يشمل ما تعذر وغيره، وقوله: تعذر، أخرج غيره، فلا يكون مواتًا، وقوله: لانقطاع الماء عنها، أو لغلبته عليها بيان سبب التعذر، وقوله: غير مملوكة أخرج ما كان كذلك، وهو مملوك، فلا يكون مواتًا، وقوله: بعيدة عن العامر أخرج القريبة، فلا تكون مواتًا . (التكملة)

(٧) قوله: العامر [مسلمًا كان أو ذميًا؛ لأنهما لا يختلفان فى سبب الملك]" أما حدّ بعدها فاختلفوا فى بيانه على أقوال، وقال القاضى فخر الدين: أصح ما فيه أن يقوم الرجل على طرف عمران القرية، فينادى بأعلى صوته، قال: أعز موضع ينتهى إليه صوته يكون من فناء العمران؛ لأن أهل القرية يحتاجون إلى ذلك الموضع لرعى المواشى وغيره، وما وراء ذلك يكون من الموات إذا لم يعرف لها مالك . . . اهـ، ويعتبر الموات من طرف الدور لا الأراضى العامرة. (ط بزيادة)

(٨) قوله: "بإذن" حتى لو أحياه بغير إذن الإمام لا يملكه، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: يملكه من أحياه بغير إذن له الإمام أو لم يأذن، وبه قال مالك والشافعى رحمه الله؛ لما أخرجه الترمذى، وقال: حديث حسن صحيح عن جابر عبد الله أن النبى ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهى له»، ولأنه مال مباح سبقت يده إليه، فيملكه كما فى الحطب والصيد .

الإمام ملكه(١)، وإن حجر(٢) [الأرض] لا، ولا يجوز(٣) [أي لا يملكها] إحياء ما قرُب من العامر، ومن حفر بئراً في موات، فله(٤) حريمها أربعون ذراعاً [والذراع ستٍ قبضات]

ولأبي حنيفة ما روى الطبراني من حديث معاذ أن النبي ﷺ قال: «ليس للمرء إلا ما طابت نفس إمامه به»، ولأن مما يتعلق به حق جماعة المسلمين لا يختص به واحد دون واحد إلا بإذن الإمام أصله الرزق من بيت المال، والقياس على الحطب والصيد ليس بتامّ؛ لأن الإمام لا يملك أن يأمر واحداً دون واحد بالحطب والصيد، لكن الحديث ضعيف، وعلى تقدير صحته، فمرويهما كان إذناً منه عليه الصلاة والسلام، لا نصب شرع كقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل قتيلا فله سلبه»، فإنه تحريض منه بالسلب لا نصب شرع. (شرح النقاية بحذف والزيلعي)

(١) قوله: "ملكه" ولو تركها بعد الإحياء وزرعها غيره قيل: الثاني أحق بها؛ لأن الأول ملك استقلالها دون زينتها والأصح أن الأول أحق بها؛ لأنه ملك رقبتها بالإحياء، فلا يخرج عن ملكه بتركها. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "حجر" أي بأن وضع حجراً أو شيئاً للإعلام، بأنه قصد إحياءها مأخوذ من أجره - بفتح الجيم-؛ لأن الغالب أن يكون بالأحجار، أو بسكون الجيم بمعنى المنع لا يمكنه لا دفعها الإمام إلى غيره؛ لأن الدفع الأول إنما كان ليعمرها، فيحصل المنفعة للمسلمين من العشر والخراج، فإذا لم يعمرها يدفعها الإمام إلى غيره لتحصل، وقدر عدم تعميره بثلاث حجج؛ لما روى مسلم في كتاب الخراج عن الحسن بن عمارة عن الزهري عن سعيد بن المسيب، قال: قال عمر رضي الله عنه: من أحيى أرضاً ميتةً فهي له ليس للمحتجر حق بعد ثلاث سنين.

وروى حميد بن زنجويه والنسائي في كتاب الأموال: عن عمرو بن شعيب: أن النبي ﷺ أقطع أناساً من جهينة أرضاً، فعطلوها، فأخذها قوم آخرون، فأحيوه افخاصم فيها الأولون إلى عمر بن الخطاب، فقال: لو كانت قطيعة مني، أو من أبي بكر لم أردها، ولكنها من رسول الله ﷺ، وقال: «من كان له أرض فعطلها ثلاث سنين لا يعمرها فعمرها غيره فهو أحق بها». (شرح النقاية بتصرّف)

(٣) قوله: "لا يجوز" اعلم أن البعد عن العامر شرط عند أبي يوسف رحمه الله، وحد البعد ما بيناه، فلو لم يكن بعيداً فليس بموات؛ لأنه فناء العامر، فينتفعون به؛ لأنهم يحتاجون إليه لرعي مواشيهم، وطرح حصائدهم، فلم يكن انتفاعهم منقطعا عنه ظاهراً، فلا يكون مواتاً، وعند محمد يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز إحياء ما ينتفع به أهل القرى، وإن كان بعيداً، ويجوز ما لا ينتفعون به، وإن كان قريباً من العامر، وشمس الأيمة السرخسي اعتمد قول أبي يوسف رحمه الله. (الزيلعي بزيادة)

(٤) قوله: "فله" لقوله عليه الصلاة والسلام: من حفر بئراً فله ما حولها أربعون ذراعاً؛ ولأن حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع إلا بما حولها؛ لأنه يحتاج إلى أن تقف على شفيه البئر ما يركب عليه البكرة وإلا يبنى حوضاً يجتمع فيه الماء، وإلى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده، فقدره

من كل جانب[١]، وحريم العين خمسمائة من كل، فمن حفر

وهى مجرى الماء تحت الأرض لإلقاء الطين لم يقدر حريمه بشيء يمكن ضبطه

بئرًا فى حريمها مُنع[٢] منه، وللقناة حريم بقدر ما يصلحه، وما

أى انكشف منه أى ماؤه أى فى حكم الموات

عدل عنــه الفرات، ولم يحتمل عودُه إليه، فهو موات[٣]، وإن

الذى فى ملك الغير

احتمل لا[٤]، ولا[٥] حريم للنهر.

الشرع بأربعين ذراعًا، ثم قيل: أربعون ذراعًا من الجوانب الأربع من كل جانب عشرة أذرع؛ لأن ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الأربعة.

والصحيح أن المراد أربعون ذراعًا من كل جانب؛ لأن المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرًا بجانبها، فيحول ماء البئر الأول إلى الثانية، ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب، فيقدر بأربعين كيلا تتعطل عليه المصالح، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح عند أبى حنيفة، وعندهما إن كانت للعطن فأربعون ذراعًا، وإن كانت للناضح فحريمها ستون ذراعًا؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «حريم العين خمس مائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعًا وحريم بئر الناضح ستون ذراعًا». (ز)

(١) سواء كان المعطن وهى التى ينزح الماء منها باليد أو الناضح، وهى التى نزح الماء منها بالبعيرة.

(٢) لأن بالحفر ملك الحريم ضرورة تمكنه من الانتفاع بذلك التصرف الأخير في ملكه.

(٣) قوله: "موات" لأنه لم يكن فى يد أحد؛ لأن قهر الماء يدفع قهر غيره، وهو الآن فى الإمام. (الكشف)

(٤) قوله: "لا" أى إن احتمل عوده إليه لا يكون فى حكم الموات لتعلق حق العامة على تقدير رجوع الماء إليه؛ لأن الماء حقهم لحاجتهم إليه. (العينى وز)

(٥) قوله: "ولا" وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله من الجنبين؛ لأن استحقاق الحريم للحاجة، وصاحب النهر يحتاج إليه كصاحب البئر والعين، وهذا لأنه يحتاج على المشق على حافتى النهر ليجرى الماء إذا احتبس شيء وقع فيه، إذ لا يمكنه المشى فى وسط الماء، وكذا يحتاج إلى موضع يلقى عليه الطين عند الكرى، كما في النقل إلى أسفله، وفيه من الحرج ما لا يخفى، وله أن استحقاق الحريم فى البئر والعين ثبتت نصًّا، بخالف القياس، فلا يلحق بهما ما ليس فى معناهما؛ لأن الحاجة فيهما متحققة فى الحال، إذ الانتفاع بهما لا يتأتى بدون الحريم، وفى النهر موهومة باعتبار الكرى، فلعله لا يحتاج إليه أصلا، نعم يلحق بعض الحرج فى ثقل الطين والمشى، وفى وسط النهر إلى أسفله، لكنه دون الحرج فيهما، فلا يمكن إلحاقه بهما، إذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الأصل، ألا ترى أن من بنى قصرًا فى الصحراء لا يستحق لذلك حريمًا، وإن كان يحتاج إليه لا تعاد الكناسة فيه؛ لأنه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم، ولا يقاس على البئر؛ لأن حاجته إليه دون حاجة صاحب البئر إلى الحريم. (ز)

بالكسر اسم مصدر

فصل[١] فى الشرب[٢]

ليسقى المزارع والدواب — نهربغداد — نهرالكوفة

هو نصيب الماء، الأنهار العظام كدِجلة والفرات غير[٣]

لأحد — أى ولا يجوز لكل — ودوابه بمائه — أى يشرب منه

مملوكة، ولكل[٤] أن يسقى أرضه، ويتوضأ به ويشربه،

---

(١) قوله: "فصل" لما فرغ من إحياء الموات ذكر ما يتعلق من مسائل الشرب؛ لأن إحياء الموات يحتاج إليه. (المجمع)

(٢) قوله: "الشرب" أى الشرب هو لغةً نصيب الماء، أى الحظ المعين من الماء الجارى، أو الراكد، أو الجماد، وشرعًا: نوبة الانتفاع بالماء سقيًا للزراعة والدوابّ، وذكر المصنف المعنى اللغوى دون الشرعى لئلا يتوهم أنه مراد فى هذا المقام نبه عليه القهستانى. (الدرّ والطحطاوى ومحمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: "غير" أما الدليل على كونها غير مملوكة فلأن هذه الأنهار ليس لأحد فيها يد على الخصوص؛ لأن قهر الماء يمنع قهر غيره، فلا يكون محرزًا، والملك بالإحراز، وإذا لم يكن مملوكًا لأحد كان لكل أحد أن ينتفع به؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «المسلمون شركاء فى ثلاث فى الماء والكلأ والنار»، رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما، والمراد بالماء ما ليس بحرز، فإذا أحرز فقد ملك، فخرج من أن يكون مباحًا كالصيد إذا أحرز، فلا يجوز لأحد أن ينتفع به إلا بإذنه.

وشرط لجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامة، فإن كان يضر بالعامة، بأن يملكه الكرى أو نصب الرحى فليس له ذلك؛ لأن الانتفاع بالمباح لايجوز، وإذا كان لا يضر بأحد فالانتفاع بالشمس والقمر والهواء، والمراد بالكلاء الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد، ومن غير أن يزرعه ويلقيه، فيملكه من قطعه وأحرزه، وإن كان فى أرض غيره.

والمراد بالنار الاستضاءة بضوءها، واصطلابها، والإيقاد من لهبها، وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك إن كانت فى الصحراء، بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر؛ لأنه ملكه، ويتضرر بذلك، فكان له منعه كسائر أملاكه إلا إذا لم يكن له قيمة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لكل" وإنما كان له حق الشرب وسقى الدابة لما روينا؛ ولأن الأنهار والآبار والحياض لم توضع للإحراز، والمباح لا يملك إلا بالإحراز، فصار كالصيد إذا تكنس فى أرض إنسان.

ولأن الحاجة إلى الماء تتجد ساعة فساعة، ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه إلى أن يرجع إلى وطنه، فيحتاج إلى أن يأخذ الماء من الآبار والأنهار التى تكون على طريقه لنفسه ودابته، وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر، فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم، وهو مدفوع شرعًا.

بخلاف سقى الأراضى حيث يمنع صاحب الماء عنه وإن لم يكن عليه بذلك ضرر، وهو المراد بقوله: لا أرضه؛ لأن فى إباحته ذلك إبطال حق صاحبه، إذ لا نهاية لذلك، فيذهب به منفعته، فيلحقه

أي يحفر / أي هذا كله إن لم...إلخ

وينصب الرحى عليه، ويكرى منها نهراً إلى أرضه إن لم يضر

أحد من الناس

بالعامة، وفى الأنهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه

أي لا يسقى أرضه / من البقر وهو الشق

وسقْى دابّته لا أرضه، وإن خِيف تخريب النهر لكثرة البقور

لأنه صار ملكًا له بالإحراز

يمنع، والمحرز فى الكوز، والحبّ[1] لا ينتفع به إلا أن يأذن

مبتدأ أي حفر / نعت لنهر / خبر المبتدأ

صاحبه، وكرى نهر غير مملوك من بيت المال[2]، فإن[3]

موصولة

لم يكن فيه شيء يُجبر الناس على كريه، وكرى[4] ما هو

مبتدأ / لأن المنفعة لهم، فتكون مؤنته عليهم

مملوك على أهله، فيجبر[5] الأبى على كريه، ومؤنة كرى النهر

به ضرر، ولا كذلك شربه وسقى دابته؛ لأنه لا يلحقه بمثله ضرر عادة، حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر صفة أو غيره كان له المنع، وهو المراد بقوله: وإن خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع؛ لأن الحق لصاحبه على الخصوص، وإنما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة، فلا معنى لإثباته على وجه يتضرر صاحبه، إذ به تبطل منفعته. (ز)

(١) قال العينى: بضم الحاء المهملة وتشديد الباء الموحدة، وهى الخابية، فى "الطائى": بضم الجيم، والصهريج -وفى بعض النسخ بالحاء المهملة-. (عز)

(٢) قوله: "بيت المال [لأن ذاك لمصلحة عامة المسلمين، وبيت المال الخراجى معد لمصالحهم]" أى مال الخراج والجزية؛ لأنه لنوائب المسلمين لا مال الصدقات؛ لأنه للفقراء. (الكشف)

(٣) قوله: "فإن" أى فإن لم يكن فى بيت المال شيء يكفيه، ومن جملة بيت المال ما فى أيدى المملوك والوزراء والأمراء من آلات الذهب والفضة، وفى حلق نساءهم من الجواهر ونحوها، فعلى العامة كريه بجبرهم الإمام على ذلك؛ لأن فى تركه ضرراً، وقلما ينفق العامة على المصالح باختيارهم إلا أن الإمام يخرج له أى للكرى -(عز) من يطيقه أى الكرى- (عز) ويجعل مؤنته على المياسر الذين لا يطيقونه أنفسهم، كما فى تجهيز الجيوش. (شرح النقاية)

(٤) مبتدأ، أى كرى النهر الذى هو . . . إلخ.

(٥) قوله: "فيجبر" دفعًا للضرر العام، وهو ضرر بقية الشركاء، وضرر الآبى خاص، ويقابله عوض، وهو حصة من الشرب، فلا يعارض به، أى بالضرر الخاص، بل يغلب جانب الضرر العام، فيجعل ضرراً، ويجب السعى فى إعدامه، وقيل: لا يجبر إلا إذا كان مشتركًا، وأبى أحد شركاءه، وإلا فلا معنى للإجبار مع ترك حقهم بالاختيار. (شرح النقاية والكشف)

أى على أهل النهر — تفريع على ما سبق — منهم — الرجل من الكرى

المشترك عليهم من أعلاه، فإن جاوز أرض رجل برئ[١]، ولا كرى على أهل الشفة[٢]، ويصح[٣] (استحسانًا) دعوى الشرب بغير أرض.

نهر (كائن) بين قوم اختصموا فى الشرب، فهو[٤] بينهم على قدر

---

(١) قوله: "برئ" هذا عند أبى حنيفة رحمه الله، والفتوى عليه، ذكره قاضى خان، وقالا: هو عليهم جميعًا من أول النهر إلى آخره بحصص الشرك والأرضين، وتوضيحه أن الشركاء فى النهر، إذا كانوا عشرة، فعند أبى حنيفة مؤنة الكرى عليهم جميعا من أول النهر أعشارًا إلى أن يجاوز أرض أحدهم، فحينئذٍ يكون مؤنة الكرى على الباقين اتساعًا إلى أن يجاوز أرضًا، ثم يكون على الباقين أثمانًا، وعلى هذا النقصان إلى آخر النهر.

وعندهما المؤنة عليهم أعشارًا من أول النهر إلى آخره؛ لأن كل واحد ينتفع بالأسفل كما ينتفع بالأعلى؛ لاحتياجه إلى تسيل ما فضل من الماء، فإنه إذا سدّ ذلك فاض على أرضه، فيفسد زرعه، فتبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله إلى آخره، فإذا استووا فى الغنم استووا فى الغرم. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أهل الشفة" واحد الشفاه، وأصله شفهة، سقطت الهاء تخفيفًا، وأهل الشفة هم الذين لهم حق الشرب بشفاههم، وسقى دوابهم، والاستقاء بالأونى دون سقى الأراضى، ووجه عدم الكرى بسهم كونهم غير محصورين، إذ ما من أحد فى العالم إلا وله حق الشفة، فتعذر الوجوب على قوم غير محصورين على أن المقصود الأصلى من حفر الأنهار ونحوها سقى الأراضى، وأهل الشفة أتباع، والمؤنة إنما تجب على الأصول دون الأتباع. (عز)

(٣) قوله: "ويصح" هذا استحسان، والقياس أن لا تصح؛ لأن شرط صحة الدعوى إعلام المدعى فى الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الإعلام، ولا يطلب من القاضى أن يقضى له بالملك فى المدعى إذا ثبت دعواه بالبينة، والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض، فلا يسمع القاضى فيه الدعوى، والخصومة كالخمر فى حق المسلمين.

وجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه، منتفع به، ويمكن أن يملك بغير أرض بالإرث والوصية، وقد يبيع الأرض دون الشرب، فيبقى له الشرب وحده، فإذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة. (ز)

(٤) قوله: "فهو" لأن المقصود الانتفاع بسقيها بقدرها، بخلاف الطريق؛ لأن المقصود التطريق، وهو فى الدار -أى إلى الدار- الواسعة، والضيقة على نمط واحد.

ولا يقال: قد استووا فى إثبات اليد على النهر، فوجب أن يستووا فى الاستحقاق؛ لأنا نقول: الماء لا يمكن إثبات اليد عليه حقيقة، إذ لا يمكن إحرازه، وإنما ذلك بالانتفاع، والظاهر أن الانتفاع يتفاوت بتفاوت الأراضى، فيتفاوت الإحراز الذى هو فى ضمن الانتفاع، فيكون فى يد كل واحد

في الصحيح — أي لأحد الشركاء في النهر — أي من النهر

أراضيهم، وليس(١) لأحدهم أن يشقّ منه نهراً، أو ينصب عليه

وهو ما يعبر عليه، ويكسر وجمعه أجسر وجسور

رحىً، أو دالية(٢)، أو جسراً(٣)، أو يوسع فم النهر، أو يقسم

حالية — وهي بدإخل الماء إلى المزارع والجداول

بالأيام، وقد وقعت القسمة بالكوى(٤)، أو يسوق شربَه إلى

أي للأرض الأخرى في النهر — يتعلق بالجميع أي بلا رضا الشركاء

أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاءهم، ويورث(٥)

لكونه حقا ماليًا، فيجري فيه الإرث. لأن الوصية أخت الميراث — كلاهما للجهالة أو الغرور

الشرب، ويوصى بالانتفاع بعينه، ولا يباع(٦) ولا يوهب،

منهم. (الكشف والزيلعي)

(١) قوله: "وليس" أي ليس لبعض الشركاء أن يتصرفوا هذه التصرفات، أما شق النهر فلأن فيه كسر ضغة النهر، وأما الثاني فلأن فيه شغل موضع مشترك بالبناء إلا برضا أصحابه، إلا أن يكون رحى لا يضر بالنهر، ولا بالماء، وكان موضعها في أرض صاحبها؛ لأنه تصرف في ملك نفسه، ولا ضرر في حق غيره، ومعنى الضرر بالنهر كسر ضغته، وبالماء أن يتغير عن سنته، أو ينقص الدالية بمنزلة الرحى، والسانية في حكمها، وأما الجسر فلأن فيه اشتغال الموضع المشترك، فيمنع منه، والقنطرة مثل الجسر، أما عدم إيساع فم النهر، فلكسر الضفة، ولزيادة على قدر حقه في أخذ الماء.

وأما عدم التقسيم بالأيام بعد ما وقعت القسمة بالكون؛ لأن التقديم يترك على حاله لظهور الحق فيه، وأما فلأنه إذا فعل ذلك يخشى أن يدعى حق الشرب لهما من هذا النهر مع الأولى إذا تقادم العهد، ويستدل على ذلك بالمحظور لإجراء الماء فيه إليها، وكذا لو أراد أن يسوق شربه في أرضه الأولى حتى تنتهي إلى الأخرى؛ لأنه يستوفي زيادة على حقه، إذ الأرض الأولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الأخرى. (عز)

(٢) أي جذع طويل يركب تركيب مذاق الارز في رأسه مغفرة كبيرة يستقى، وقيل: هي الدواب. (ط)

(٣) وفرق بين القنطرة وبين الجسر: أن الجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذًا من الألواح والخشبة، والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر، يكون موضوعًا ولا يرفع، وقيل: إنه أعم من القنطرة؛ لأنه يكون من الخشب والتراب. (الطحطاوي بتغيير)

(٤) بكسر الكاف، ويجوز المد والقصر، وهو جمع كوة بالفتح هو الثقب.

(٥) قوله: "ويورث" لأن الوارث يقوم مقام المورث في حقوقه وأملاكه، وقد يملك بالإرث ما لا يملك لغيره من الأسباب كالقصاص والدين والخمر. (الكشف)

(٦) قوله: "ولا يباع" والفرق أن الورثة خلفاء الميت، فيقومون مقامه في حقوق الميت،

رجل نزت الأرض صارت منابع بسبب ذلك
ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره، أو غرقت لم يضمن[1].

وأملاكه، وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات، كالدين والقصاص، والخمر، فكذا الشرب والوصية أخت الميراث، فكانت مثله، بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرر، أو الجهالة، أو لعدم الملك فيه للحال، أو لأنه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب إنسان بأن سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الأصل، وكذا لا يضمن بعقد الوصية بيعه ووصية، والتصدق به مثل بيعه، فلا يجوز، بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا. (الزيلعي)

(١) قوله: "لم يضمن" لأنه مسبب، وليس بمتعدّ فيه، فلا يضمن؛ لأن شرط وجوب الضمان في السبب أن يكون متعديًا، وإنما قلنا: ليس بمتعد فيه؛ لأن له أن يملأ أرضه ماء ويسقيها، كما في المنح، وفي القهستاني هذا إذا يبقى في نوبته مقدار حقه، وأما إذا سقى في غير نوبته، أو زاد على حقه يضمن، وذكر في التتمة أنه إذا سقى سقيًا غير معتاد، فتعدى ضمن، وعليه الفتوى. (المجمع بحذف)

كتاب[1] الأشربة[2]

من الأشربة
الشراب ما يسكر، والمحرَّم منها أربعة: الخمر، وهى[3]
بكسر النون وتشديد الياء — غليانًا كاملا بأن صار أسفله أعلاه — هو الرغوة — بالإجماع
الــــنىء من ماء العنب إذا غلا واشتد وقذف[4] بالزبد، وحرم

---

(١) قوله: "كتاب" ذكر الأشربة بعد الشرب لأنهما شعبتا عرق واحد لفظًا ومعنًى، وقدم الشرب لمناسبته لإحياء الموات.

فإن قلت: ما باله حل للأمم السابقة، ولنا مع احتياجنا إلى ذلك؟ قلت: أجيب بأن السكر حرام فى جميع الأديان، وحرمة شرب القليل علينا من الخمر كرامة لنا من الله تعالى لئلا نقع فى المحظور، ونحن مشهود لنا بالخيرية.

واعلم أن الأصل فى الأشياء كلها سوى الفروج الإباحة، قال الله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُم مَّا فِي الأَرْضِ جَمِيْعًا﴾، وقال تعالى: ﴿كُلُوا مِمَّا فِي الأَرْضِ حَلالا طَيِّبًا﴾، وإنما تثبت الحرمة بعارض نص مطلق، أو خبر مروى، فما لم يوجد شىء من الدلائل المحرمة فهى على الإباحة. (الطحطاوى بحذف)

(٢) جمع شراب وهو لغةً: ما يشرب، وهنا ما يشرب ويسكر.

(٣) قوله: "وهى" وقال بعض الناس: هو اسم لكل مسكر؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «كل مسكر خمر»، وأخرجه مسلم، لكن بالظن، ولفظه عن نافع عن ابن عمر قال: "ولا أعلم إلا عن النبى ﷺ كل مسكر خمر"، وقوله عليه الصلاة والسلام: «الخمر من هاتين الشجرتين»، أخرجه الجماعة إلا البخارى، وأشار إلى الكرم والنخلة.

ولنا أنه اسم خاصّ فيما ذكر بإطباق أهل اللغة، ولذا اشتهر استعماله فيه وفى غيره، والحديث الأول طعن فيه يحيى بن معين، ولذا رواه مسلم بالظن، وقال أحمد بن حنبل كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فهو ليس بحديث ولا سنة، والثانى أريد به بيان الحكم، أى حرمة قليله وكغيره، إذ هو اللائق بمنصب الرسالة. (الكشف وحاشيته)

(٤) قوله: "وقذف" وقالا: إذا اشتد صار خمرًا، وا يشترط القذف بالزبد؛ لأن للاسم يثبت به، وكذا المعنى المحرم بالاشتداد له، وهى اللذة المطربة، وهو المؤثر فى الفساد، وله أن الغليان بدايت الشدة، وكمالها بقذف الزبد وسكونه إذ به تميز الصافى من الكدر، وأحكام الشرع كالحد، وإنكار المستحل وحرمة البيع قطعية تناط بالنهاية، وقيل: يؤخذ فى حرمة الشرب بمجرد الاستداد احتياطًا. (الكشف وحاشيته)

وصارمسكرًا - التي من ماء العنب - بالكسر.
قليلها وكثيرها(١)، والطلاء(٢) وهو العصير إن طُبخ حتى ذهب أقل(٣) من ثُلثيه، والسَّكر(٤)، وهو النيء من ماء الرطب، ونقيع(٥) الزبيب، وهو النّيء من ماء الزبيب، والكل حرامٌ إذا غلا واشتد، وحرمتها دون(٦) حرمة الخمر، فلا يكفّر مستحلها

(إذا صار مسكرًا - بفتحتين - أى الثلاثة الأخيرة - ولكن يضلل)

(١) فإن حرمتها غر معللة -بالسكر- ولا موقوفة عليه.

(٢) قوله: والطلاء" وهو النوع الثاني من الأشربة المحرمة، وقال في "المحيط": الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه، وبقى ثلثه، وصار مسكرًا، وهو الصواب؛ لما روى أن كبار الصحابة رضي الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه، وبقى ثلثه على ما يجيء من قريب، وإنما سمى طلاء لقول عمر رضي الله ما أشبه هذا الطلاء البعير، وهو القطران الذى يطلى به البعير إذا كان به جرب وهو يشبه.

(٣) وإذا ذهب ثلثاه، هاضمًا أم حلوًا يحل شربه عند الكل، وإذا غلى واشتد يحل شربه عندهما ما لم يسكر خلافًا لمحمد.

(٤) قوله: "والسكر" وهو النوع الثالث من الأشربة مشتق من سكران الريح إذا سكنت، وإنما يحرم إذا اشتد وقذف بالزبد، وقبله حلال، وقال شريك بن عبد الله: هو مباح، وإن قذف بالزبد لقوله تعالى: ﴿تَتَّخِذُوْنَ مِنهُ سَكَرًا وَرِزْقًا حَسَنًا﴾ امتن علينا به، والامتنان لا يتحقق بالمحرم.

ولنا إجماع الصحابة على حرمة ذلك، والنص محمول على ما قبل التحريم، فيكون منسوخًا، وهو مذهب الشعبي والنخعي.

وفي "مصنف ابن أبي شيبة": عن إبراهيم قال: قال عبد الله: السكر خمر، وعن الشيخ أبي منصور الماتريدى معناه: تتخذون من الحلال الخالص ما هو حرام، كقوله تعالى: ﴿قُلْ أَرَأَيْتُمْ مَّا أَنزَلَ اللهُ لَكُم مِّنْ رِزقٍ فَجَعَلْتُمْ مِنهُ حَرَامًا وَّحَلالا﴾. (شرح النقاية بحذف والزيلعي)

(٥) قوله: "ونقيع" وهو النوع الرابع من الأشربة المحرمة إذا اشتد؛ لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما: «أنه عليه الصلاة والسلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم»، رواه مسلم.

وفي رواية: فإن بقى شيء أهرقه أو أمر به فأهريق، ثم حرمه هذه الأشياء دون حرمة الخمر، حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها خفيفة، في رواية: ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بينا في الغصب. (الزيلعي بحذف)

(٦) قوله: "دون" لأن حرمة الخمر قطعية، وحرمة هذه اجتهادية، وحرمة السكر وإن كان بإجماع الصحابة، وهو مفيد القطع، لكن بشرط النقل المتواتر، ولعله لم ينقل بالتواتر. (الكشف

فإن مستحلها يكفّر لأن حرمتها قطعية
بخلاف الخمر.

من الأشربة / أى كل واحد منهما
والحلال منها أربعة: نبيذ(١) التمر والزبيب إن طبخ أدنى
أى يطبخ إلى أن ينضج / أى ما يغلب على ظنه أنه لا يسكر بنية التقوى
طبخـــة، وإن اشتدّ إذا شرب ما لا يسكر بلا لهو وطربٍ
والخليطان(٢)، ونبيذ(٣) العسل(٤) والطين والبرّ والشعير والذُرة

والعينى)

(١) قوله: "نبيذ" وجه حل نبيذهما ما روى عن أبى قتادة أن النبى ﷺ قال: «لا تنتبذوا الزهو والرطب جميعًا ولا تنتبذوا الرطب والزبيب جميعًا لكن انتبذوا كل واحد منهما على جدته»، رواه مسلم وأحمد، ورواه البخارى وذكر التمر بدل الرطب، وهذا نص على أن المتخذ من كل واحد منهما مباح، وفى الباب أحاديث بسط. (الزيلعى وغيره)

وأما الأحاديث الصحاح الواردة فى حرمة المتخذة فى التمر، فمحمولة على النى، وفى حلتها، فمحمولة على المطبوخ تحصيلا للتوفيق، ودفعًا للتعارض. (عز)

(٢) قوله: "والخليطان [وهو يجمع بين ماء التمر وماء الزبيب، ويطبخ ويترك إلى أن يغلى ويشتد]" وجه الحل ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت: "كنا ننتبذ لرسول الله ﷺ فى سقاء فنأخذ قبضة من تمر، وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه، ثم نصب عليه الماء، فننتبذ غدوة، فيشربه عشية، وننتبذ عشية فيشربه غدوة"، رواه ابن ماجه.

وما رواه من النهى فيما روينا محمول على حالة القحط والعوز لئلا يجمع بين النعمتين، وجاءه محتاج بل يؤثر بأحدهما جاره، والإباحة كانت فى حالة السبقة، والحمل مأثور عن إبراهيم النخعى رضى الله عنه. (الزيلعى بحذف وزيادة)

(٣) قوله: "ونبيذ" وبه حل هذه الأنبذة قوله عليه الصلاة والسلام: الخمر من هاتين الشجرتين: النخلة والعنبة، رواه مسلم وأحمد وغيرهما خص التحريم بهما، والمراد بيان الحكم، أى حكمهما واحد، لا أن كلا منهما يسمى خمرًا حقيقة، ولا يشترط فيه الطبخ؛ لأن قليله لا يفضى إلى كثيره كيفما كان. (الزيلعى بتصرّف)

(٤) وحرمها محمد، أى الأشربة المتخذة من العسل والتين ونحوها مطلقًا قليلها وكثيرها، وبه يفتى، ذكره الزيلعى وغيره، واختاره شارح "الوهبانية"، وذكر أنه مروى عن الكل، قلت: فى طلاق "البزازية"، وقال محمد: ما أسكر كثيره فقليله حرام، وهو نجس أيضًا، ولو سكر منها، المختار فى زماننا أن يحد.

أى اتخاذ النبيذ
طُبِخَ أولا(١) والمثلّث(٢) العنبى، وحل(٣) الانتباذ فى الدُّباء(٤)
الجرة الخضراء / فعيل بمعنى مفعول الخشبة المنقور / بإلقاء شيء فيها
والحنتم والمزفت(٥) والنقير وخلّ(٦) الخمر سواء خللت أو

(١) أى أو لم يطبخ، إذا كان من غير لهو وطرب.

(٢) قوله: "والمثلث [وهو ما طبخ من الماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى العنب]" وجه حله أن لفظه لا يحصل بشراب قليله الفساد، ولا يدعو قليله إلى كثيره، بخلاف الخمر، قال البخارى: ورأى عمر وأبو عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وروى النسائى شربه عن أبى موسى.

وقال أبو داود: سألت أحمد عن شرب الطلاء إذا ذهب ثلثاه بقى ثلثه، فقال: لا بأس به، قلت: إنهم يقولون أنه يسكر، قال: لو كان يسكر ما أحله عمر، ففى المبسوط عن داود بن أبى هند، قال: قلت لسعيد بن المسيب: الطلاء الذى كان يأمر عمر باتخاذه الناس، ويسقيهم منه، كيف كان قالا: يطبخ العصير حتى يذهب ثلثاه، ويبقى ثلثه. (شرح النقاية بتصرّف)

(٣) قوله: "وحل" لما روى الجماعة من حديث بريدة: إنى نهيتكم عن الظروف، فإن ظرفًا لا يحل شيئًا ولا يحركه، وكل مسكر حرام، وفى رواية: كنت نهيتكم عن الأشربة إلا فى ظروف الأدم، فاشربوا فى كل وعاء، غير أن لا تشربوا مسكرًا، وفى لفظ مسلم: كنت نهيتكم عن الظروف، والظروف لا تحلل شيئًا ولا تحرمه، وكل مسكر حرام.

وفى "سنن أبى داود": عن بريدة قال: قال رسول الله ﷺ: «نهيتكم عن ثلاث وأنا آمركم بهنّ نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها فإن زيارتها تذكرة ونهيتكم عن الأشربة أن تشربوا إلا فى ظرف الأدم فاشربوا فى كل وعاء غير أن لا تشربوا مسفرًا ونهيتكم عن لحم الأضاحى أن تأكلوها بعد ثلاث فكلوا واستمتعوا بها فى أسفاركم». (شرح النقاية)

(٤) قوله: "الدباء [بالتشديد والمد جمع دباء وهو القرع]" إنما خص هذه الأوعية بالذكر لأن الأنبذة تشتد فى هذه المظروف أكثر مما تشتد فى غيرها، فربما يتوهم عدم جواز الانتباذ فيها.

(٥) وهو المطلى بالزفت أى القير.

(٦) قوله: "وحل" أى وحل خل الخمر سواء حللت بإلقاء شيء فيها، كالملح ونحوه، أو تحللت بنفسها من غير علاج؛ لإطلاق ما أخرجه الجماعة إلا البخارى من حديث جابر قال: قال رسول الله ﷺ نعم الإدام الخل.

وقال مالك والشافعى: لا يحل تخليل الخمر، ولا أكل الحاصل منه، أخرجه مسلم.

قال: سئل النبى ﷺ عن الخمر اتخذ خلا قال: لا، وأخرج أيضًا عن أنس أن أبا طلحة سأل النبى ﷺ عن أيتام ورثوا الخمر، قال: أهرقها قال: أفلا تجعلها خلا، قال: لا، ولأن الصحابة أهرقوها عين نزلت آية التحريم، ولو جاز التخليل لنبّه عليه السلام عليه، كما نبّه أهل الشاة الميتة على دباغ إهابها.

وفى "مسند أحمد": عن ابن عمر قال: أمرنى ﷺ أن آتيه بمدية فأتيته بها، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة، وفيها زقاق الخمر، فشق ما كان من ذلك الزقاق بحضرته، ثم أعطانيها، وأمر أصحابه أن

هو ما يبقى في أسفلها — إنما ذكر؛ لأن له تأثيرًا في تحسين الشعر

تخللت، وكره[١] شرب دردي الخمرِ والامتشاط به، ولا يُحدّ[٢] شاربه بلا سُكر.

يمضوا معي، ويعاونوني، وأمرني أن أتي الأسواق كلها، فلا أجد فيها زق خمر إلا شققته، ففعلت، فلم أترك أسواقها زِقًا إلا شققته.

وأجاب الطحاوي بأن ذلك محمول على التغليظ والتشديد، بدليل أنه ورد في بعض طرقه الأمر بكسر الدنان، فيما روى الدارقطني والطبراني في "معجمه"، وبدليل ما روى أحمد في "مسنده": عن ابن عمر أن النبي ﷺ شق زقاق الخمر بيده في أسواق المدينة، وهذا صريح في التغليظ؛ لأن فيه إتلاف مال الغير، إذ قد كان يمكن إراقة الدنان والزقاق وتطهيرها، ولكن قصدها بإتلافها التشديد ليكون أبلغ في الردع.

قلت: ويؤيد ما رواه البيهقي كما تقدم عن أحمد، وفيه: فقال الناس: إن في هذا الزقاق منفعة يا رسول الله ﷺ قال: أجل ولكن إنما أفعل ذلك غضبًا لله لما فيه من سخطه.

وفي "مسند أبي يعلى موصلي": عن جابر بن عبد الله قال: كان رجل يحمل الحمل من خيبر إلى المدينة، فيبيعها من المسلمين، فحمل منها بمال فقدم، فلقيه رجل من المسلمين، فقال: إن الخمر قد حرمت فوضعها حيث انتهى على تلّ، وسجّاها بأكسية، ثم أتى النبي ﷺ، فقال: يا رسول الله! بلغني أن الخمر قد حرمت، قال: أجل، قال: فهل لي أن أردها على من ابتعتها منه، قال: لا، قال: أفأهديها إلى من يكافئني منها، قال: فإن فيها مال اليتامى في حجري، قال: إذا أتانا مال البحرين فائتنا نعوض أيتامك من مالهم، ثم نادى بالمدينة، فقال رجل يا رسول الله! الأوعية ينتفع بها قال: فحلوا أوكيتها، فانصبت حتى استقرت في بطن.

وفي "المبسوط": حجتنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال: «أيما إهاب دبغ فقد طهر» كالخمر تخلل فتحل، ثم إذا صارت فلا يطهر ما يواريها من الإناء، وأما أعلاه وهو الذي انتقص منه الخمر، فقيل يطهر تبعًا، ولا يطهر؛ لأنه تنجس بإصابة الخمر، ولم يوجد ما يوجب طهارته، فبقي نجسًا. (شرح النقاية ملخّصًا)

(١) قوله: "وكره" لأن فيه أجزاء الخمر، فكان حرامًا نجسًا، والانتفاع بمثله حرام، ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحًا، ولا أن يسقى ذميًا ولا صبيًا، والوبال من سقاه، وكذا لا يسقيها الدواب ولو ألقي الدوري في الخل، فلا بأس به؛ لأنه يصير خلا، لكن يباح حمل الخل إليه دون عكسه. (الزيلعي بحذف)

(٢) قوله: "ولا يحد" لأن وجوب الحد للزجر إنما يشرع فيما تميل الطباع إليه، ولا تميل الطباع إلى شرب الاروى، بل لعافه، وتنفر منه، فأشبه غير الخمر من الأشربة التي لا حد فيها إلا بالكسر، ويكره الاحتقان بالخمر والإقطار في الإحليل؛ لأنه انتفاع بالنجس المحرم. (شرح النقاية)

كتاب[1] الصيد

هو[2] الاصطياد، ويحل[3] بالكلب المعَلَّم والفهدى والبازى وسائر[4] الجوارح المعَلّمة[5] (لما تلونا)، ولا بدّ من التعليم، وذا[6] (أى التعظيم) بترك الأكل ثلاثًا (أى ثلاث مرات) فى الكلب[7] (ونحوه)، وبالرجوع (والإجابة) إذا دعوتَه فى

(١) قوله: "كتاب" لعل مناسبته أن كلا منهما يورث السرور، إلا أن السرور فى الأشربة المباحة أكثر؛ لأنه بامر يدخل فى الباطن، وفى الصيد أمر خارجى، والأقوى بالتقديم أولى؛ فكان أخر كتاب الأشربة مناسبًا للصيد باعتبار وصف الإباحة وإحداث السرور.

وقيل: المناسبة بينهما أن كله يورث الغفلة، ففى الحديث من اتبع الصيد فقد غفل، إلا أنه قدم الأشربة لحرمتها اعتناء بالاحتراز، ومحاسنه محاسن الكسب، وسببه يختلف باختلاف حال الصائد، فقد يكون الحاجة إليه، وقد يكون إظهار الجلادة، وقد يكون التفرح. (ط)

(٢) قوله: "هو" أى الصيد هو الاصطياد فى اللغة، وسمى به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر، فصار اسمًا لكل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمى، مأكولا كان أو غير مأكول. (الزيلعى)

(٣) قوله: ويحل" لقوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلتُم فَاصْطَادُوا﴾، وأدنى درجات الأمر الإباحة، وعلى إباحته انعقد الإجماع؛ ولأنه نوع اكتساب، وانتفاع بما هو مخلوق لذلك، وفيه استيفاء المكلف، وتمكنه من إقامة التكاليف. (الكشف بحذف)

(٤) واستثنى الخنزير، فإن الاصطياد به لا يجوز بالإجماع لنجاسة عينه.

(٥) لقوله تعالى: ﴿وَمَا عَلّمتُم مّنَ الْجَوَارِحِ﴾ أى صيد ما علّمتم وهو عطف على الطيّبات.

(٦) قوله: "وذا" أى التعليم فى الكلب يكون بترك الأكل ثلاث مرات، وفى البازى بالرجوع إذا دعى، روى ذلك عن ابن عباس رضى الله عنهما.

ولأن بدن الكلب يحتمل الضرب، فيمكن ضربه حتى يترك الأكل، وبدن البازى لا يحتمل الضرب، فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه، فاكتفى بغيره مما يدل على التعليم. (الزيلعى)

(٧) قوله: "فى الكلب" سمعت محمود الأساتذة: قال: اختلج فى قلبى من ذبيحة غير الكتابى سيتة مع أن الذابح إنسان، وهو مشرف بشرافة ﴿وَلَقَدْ كَرّمْنَا بَنِي آدَمَ﴾ الآية، وما صاده الكلاب المعظمة والطيور والجوارح حلال مع أنها لا تسمى، وما هذا إلا ترجيح المرجوح، فرأيت فيما يرى النائم أن الأستاذ جالس، فعرضته عليه ما حدث النفسى، قال: هذه من ثمرات الانقياد والتذلل، فإن الإنسان مع كونه محفوفًا بنعمه تعالى لما أعرض عن عبادة خالقه ومالكه، وطغى وبقى ومال إلى غيره تعالى

ونحوه / عطف على قوله: من التعليم / أى إرسال الجارح السهم / أى ولا بد من...إلخ

البازى، ومن[١] التسمية عند الإرسال، ومن الجرح فى أى موضع كان، فإن أكل[٢] منه البازى أُكل[٣] وإن أكل الكلب[٤] أو الفهد لا[٥]، وإن أدركه حيًا ذكّاه[٦]، وإن لم يذكّه[٧]، أو

أى لا يؤكل مطلقًا عندنا / الصيد / صيغة ماض من التذكية

جعل ذبيحته ميتة، والكلب مجبول على الأكل من اللحوم، ولما ترك كما جبل عليه من الأكل لانقياد مالكه شرفه الله تعالى على من أعرض عنها، فإن المولى إذا أبق عبده يفضل عليه من هو مفضول عنه إذا أطاعه (عز)

(١) قوله: "ومن" أى لابد من التسمية عند الإرسال، ومن الجرح فى أى موضع كان من أعضاءه. أما التسمية، فلقوله تعالى: ﴿وَاذْكُرُوا اسْمَ اللهِ عَلَيهِ﴾ لقوله عليه السلام لعدى بن حاتم: «إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فإن أمسك فأدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فإن أخذ الكلب زكاة»، رواه أحمد والشيخان.

ومتروك التسمية عامدًا ميتة عندنا، وناسيًا حلال، كما بيناه فى الذبائح، وأما الجرح فلتحقق الذكاة الاضطرارية، ولتوافق أصل المعنى اللغوى من الجراحة فى الجوارح، وإن كان نقل الجرح إلى معنى الكسب، ومنه قوله تعالى: ﴿وَيَعْلَمُ مَا جَرَحتُم بِالنَّهَارِ﴾. (عز)

(٢) لأن تعلّمه بالإجابة لا بترك أكل بالإجماع.

(٣) قوله: "أكل" وقال مالك والشافعى فى القديم: يوكل وإن أكل منه الكلب، فالبازى لما روى عن عبد الله بن عمر أن أبا ثعلبة قال: يا رسول الله! إن لى كلابًا معلمة، فأفتنى فى صيدها، فقال: إن كانت لك كلاب معلمة فكل ما أمسكت عليك - الحديث - إلى أن قال النبى ﷺ: وإن أكل منه، قال عليه الصلاة والسلام: وإن أكل منه، وفعل الكلب إنما صار زكاة لعلمه، وبالأكل لا يعود جاهلا، فصار كالبازى.

ولنا ما روينا من حديث عدى رضى الله عنه وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا أرسلت كلابك المعلّمة وذكرت اسم الله، فكل مما أمسكن عليك إلا أن يأكل الكلب فلا تأكل فإنى أخاف أن يكون إنما أمسك على نفسه»، رواه البخارى ومسلم وأحمد.

(٤) ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل منه حلّ؛ لأنه ممسك عليه، وهذا غاية علم، حيث شرب مالا يصلح لصاحبه، وأمسك عليه ما يصلح له.

(٥) قوله: "لا" لأن أكل الكلب علامة الجهل من الابتداء؛ لأن الخرقة لا تنسى أصلها، فإذا أكل تبين أنه إنما كان ترك الأكل لشبع لا للتعلم، والفرق بين البازى والكلب أن التعلم فى الكلب كان بترك الأكل البعد أكله تبين أنه جاهل، وفى البازى كان بالإجابة إذا دعاه صاحبه، وهو لم يخالفه، وإنما هو أكل من الصيد وترك الأكل لم يكن تعلمه، فما صدر منه لا يخالف التعلم، وما خالف التعلم لم يصدر منه (عز)

أى كلبٍ المعلّم — سواء كسر منه عضواً أم لا

خنقه الكلب، ولم يجرحه أو شاركه كلبٌ غير معلم، أو كلبُ مجوسىّ، أو كلب لم يُذكر اسم الله عليه عمداً

الصيد فى الوجوه كلها

حرم[1].

ما صاده — أى أغراه — بالصياح عليه

وإن أرسل كلبه فزجره[2] مجوسى، فانزجر[3] حلّ، ولو

أى الكلب — أى الكلب

أرسله مجوسى فزجره مسلم، فانزجر حرُم، وإن[4] لم يرسله

---

(٦) قوله: "ذكاه" لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى: «إذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه وإن أمسك عليك فأدركته حيّا فاذبحه»، الحديث رواه البخارى ومسلم وأحمد، ولقدرته على الأصل قبل حصول المقصود بالبدل، أما إذا لم يتمكن من ذبحه لفقد إزالة أصلا، أو لضيق الوقت مع وجودها، وفيه حياة فوق حياة المذبوح، ولم يذكر لم يوكل فى ظاهر الرواية، وعن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه يحل، بخلاف ما إذا كانت فيه حياة مثل حياة المذبوح، ولم يذكر فإنه يحل؛ لأنه ميت حكمًا، ألا ترى لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لم يحرم، كما إذا وقع وهو ميت، والميت ليس بمذبوح. (الكشف وحاشيته)

(٧) أخذ الطائى والعينى وإن لم يذكه، حتى مات بزيادة قوله: حتى مات، ولم يأخذها فى "التكملة". (الزيلعى)

(١) قوله: "حرم" أما إذا لم ينك فلأنه لما أدركه حيّا صار ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا، وبينا من المعنى، فبتركه يصير ميتًا، وأما إذا خنقه الكلب ولم يجرحه، فلما بينا عند قوله: لا بد من التعليم والتسمية والجرح.

وأما إذا شاركه كلب غير معلّم، أو كلب مجوسى، أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدًا، فلما روينا من حديث عدى؛ ولأنه اجتمع المبيح والمحرم، فغلب المحرم نصّا واحتياطًا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "فزجره" المراد بالزجر التقبيح، أى هيجه فهاج بأن صاح عليه، فازداد فى العدو، وإنما يحل فى الأول، ويحرم فى الثانى لأن الزجر دون الإرسال لكونه بناءً عليه، فلا ينتسخ به الإرسال؛ لأن الشىء لا يرتفع إلا بمثله، أو بما هو فوقه، ولا يرتفع بما هو دونه، كنسخ الآى، فلا يرتفع إرسال المسلم بزجر المجوسى فى الوجه الثانى، فبقى كل واحد منهما على ما كان عليه، ولا يتغير بالزجر، وكل من لا تجوز ذكاته، كالمحرم والمرتد والوثنى وتارك تسمية عامدًا فى هذا بمنزلة المجوسى، غير أن المحرم يجب عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعريض للصيد، ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء بالدلالة، وهو دونه، فبالزجر أولى وهو فوقها، فلا يلزم من اعتبار الدلالة فى حق لزوم الجزاء اعتباره فى حق انتساخ الفعل. (الزيلعى)

فأخذ الصيد استحسانًا أى مصيد
أحد، فزجره مسلم فانزجر حلّ، وإن رمى[١] وسمّى، وجرح
لما ذكرنا أن القدرة على الأصل تبطل الخلف حتى مات الصيد
أُكل، وإن أدركه حيا ذكاه، وإن لم يذكه حرم، وإن وقع
أى تكلف فى المشى حاملا للسهم الصيد عنه حالية الرامى
سهم بصيد فتحامل وغاب، وهو فى طلبه، فوجده ميّتا
حتى أصابه أى لا يحل
حل[٢]، وإن قعد عن طلبه، ثم أصابه ميّتا لا[٣]، وإن رمى

---

(٣) الكلب أى زاد طلبه بزجر الكلب.

(٤) قوله: "وإن" أى لو انبعث الكلب بنفسه على الصيد فزجره مسلم، وأخذه حل أكله استحسانًا، والقياس أن هذا الإرسال ذكاة اضطرارية لهذا شرط فيه التسمية، ولم يوجد لعدم الزكاة حقيقةً وحكمًا، وجه الاستحسان أن الزجر عند عدم الإرسال بمنزلة الإرسال؛ لأن انزجاره عقيب زجر دليل على طاعته. (المجمع)

(١) قوله: "وإن" أى رمى إلى الصيد فأصابه يؤكل إذا جرح؛ لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى بن حاتم: «إذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه»، فإن وجدته قد قتل فكل إلا أن تجده قد وقع فى ماء، فإنك لا تدرى الماء قتله أم سهمك، رواه البخارى ومسلم وأحمد.

وشرط الجرح لما روى عن إبراهيم عن عدى بن حاتم قال: قال رسول الله ﷺ: «إذا رميت فسميت فخرقت فكل وإن لم تخرق فلا تأكل ولا تأكل من المعراض إلا ما ذكيت ولا تأكل من البندقة إلا ما ذكيت»، رواه أحمد، ولا فرق فى ذلك بين أن يصيب المرمى نفسه أو غيره من الصيد، كما إرسال الكلب على ما بينا.

وفى إطلاق قوله فى "المختصر": فإن رمى وسمى وجرح أكل، إشارة إليه حيث لم يعين المرمى ولا المصاب حتى يدخل تحته ما إذا سمع حسًا فطنه صيدًا فرماه، فأصاب صيدا آخر، ثم تبين أنه حسّ صيدًا يحل أكله، سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولا أو غير مأكول بعد أن كان المصاب مالا؛ لأنه وقع اصطيادٌ من قصده ذلك. (الزيلعى)

(٢) قوله: "حل" لقوله عليه الصلاة والسلام لأبى ثعلبة: إذا رميت سهمك وغاب ثلاثة أيام فأدركته فكل مالم ينتن، رواه مسلم، أطلقه وقيده فى المجمع بقوله: إن لم يكن به جراحة غير جراحة أسهم، وقال: وأما لو وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل؛ لأنه يظهر حينئذٍ لموته سببان، أحدهما موجب لحله، والآخر موجب لحرمته، فيقلب الموجب للحرمة مع أن الموهوم فى مثل هذا، فالمتحقق بدليل قوله عليه الصلاة والسلام: «لعل هوام الأرض قتلته»، خلافًا للشافعى. (عز)

(٣) قوله: "لا" لأن الاحتراز عن مثله ممكن، فلا ضرورة إليه، فيحرم، وهو القياس فى الأكل إلا أنا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه، وبقى على الأصل فيما يمكن،.

فى "التبيين": وجعل قاضى خان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى من بصره، ثم قال:

أو على شجر أو حجر أو حائط — أى يسقط من السطح أو الجبل
صيداً، فوقع في ماءٍ، أو على سطح، أو جبل، ثم تردى[١] منه
أى من السطح أو الجبل — الصيد أو على الجبل فاستقر عليه
إلى الأرض حرم[٢]، وإن وقع على الأرض ابتداء
وهو سهم بلا ريش يجرى عرضاً غالباً — متعلق بقتله — إذا كانت ثقيلة ذات حدة
حل[٣]، وما قتله المعراض بعرضه والبندقة حرم[٤]، وإن رمى
ومات — لا يؤكل
صيداً فقطع عضواً منه أكل[٥] الصيد لا[٦]

وهذا هو على أن الصيد يحرم بالتوارى، وإن لم يقدر عن طلبه. (المجمع)

(١) قوله: "تردى" وهو مقيد بما إذا لم يكن الجرح مهلكاً في الحال، وأما إذا كان مهلكاً في الحال، ولم يبقَ فيه من الحياة إلا مثل حياة المذبوح، فوقع في الماء أو على السطح، أو على الجبل، ثم تردّى لم يضر، بل يؤكل. (عز)

(٢) قوله: حرم" أما في فصل الماء فلاحتمال الموت بالماء؛ لأنه مهلك، قال عليه الصلاة والسلام لعدى: «فإن وقعت رميتك في الماء فلا تأكل فإنك لا تدرى أن الماء قتله أو سهمك»، أخرجه البخارى، وأما في فصل السهم والجبل فلأنه المتردّية، وهو حرام بالنص. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "حل [أكله إذا لم يكن شيء من ذلك محدوداً]" لأنه لا يمكنه التحرز عنه اعتباره كي لا ينسدّ بابه على ما بينا، بخلاف ما إذا أمكن التحرّز عنه؛ لأن اعتباره لا يؤدّى إلى سد بابه؛ لأن اعتباره لا يؤدى إلى الحرج، فأمكن ترجيح الحرام عند التعارض على ما هو الأصل في الشرع.
ولو وقع على جبل، أو سطح، أو آجرة موضوع، فاستقره لم يتردّ حل؛ لأن وقوعه على هذه الأشياء كوقوعه على الأرض ابتداء، ولأنه لا يمكن الاحتراز عنه، فسقط اعتباره، بخلاف ما إذا وقع على شجرة، أو حائط، أو آجرة، ثم وقع على الأرض، أو رماه، وهو على جبل، فتردى منه إلى الأرض، أو رماه، وهو على جبل، فتردى منه إلى الأرض، أو رماه، فوقع على رمح منصوب، أو قصبة قائمة، أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الأشياء قتله بحده، أو بتردّيه، وهو يمكن الاحتراز عنه. (ز)

(٤) قوله: "حرم" أما في قتل المعراض بعرضه فلما روى أصحاب الكتب الستة عن عدى بن حاتم قال: قلت: يا رسول الله! إني أرمى بالمعراض الصيدة فصيد قال: إذا أصاب بحده فكل، وإذا أصاب بعرضه فقتل فلا تأكل، فإنه وقيذ، وأما في البندقة فلأنها تكسر ولا تجرح، فكانت كالمعراض؛ ولأنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الخذف، فقال: لا تصيدوا لكنها تكسر السن، وتفقأ العين، رواه أحمد والشيخان، والحكم مقيد بما إذا كانت البندقة ثقيلة ذات حدة، كما أشرنا إليه فيما بين السطور، أما لو كانت خفيفة ذات حدة لم يخرج ليتقن الموت بالجرح، والأصل هذا أن الموت إن حصل بالمثقل أوشك فيه، لا يؤكل فيه حتماً أو احتياطاً. (عز)

(٥) لأن الرمى مع الجرح مبيح، وبقطع عضو يتحقق الجرح لا محالة.

حالية / وهو النصف المؤخر
العضو، وإن قطعه أثلاثًا، والأكثر مما يلى العجز أكل[١]
لأنهم ليسوا من أهل الزكاة، كما بيناه فى الذبائح
كلّه، وحرم صيد المجوسى والوثنىّ والمرتدّ، وإن رمى
يعنى لم يخرجه من حيّز الامتناع
صيدًا فلم يثخنه فرماه آخرُ، فقتله، فهو للثانى[٢] وحلّ، وإن
أى الصيد للأول / أكله / أى قيمة الصيد
أثخنه[٣] فللأول وحرم[٤]، وضمن[٥] الثانى للأول قيمته غير ما

---

(٦) قوله: "لا" أى لا يحل العضو؛ لأنه ميتة لما أخرجه أبو داود والترمذى، وقال: حديث حسن، عن أبى واقد الليثى عن النبى ﷺ أنه قال: «ما يقطع من البهيمة وهى حية فهو ميتة»، زاد الترمذى، قال: قدم النبى ﷺ المدينة وهم يحبّون أسنمة الإبل، ويقطعون إليات الغنم، فقال ﷺ: «ما قطع من البهيمة وهى ميتة فهو ميتة».

وفى "المستدرك": عن أبى سعيد الخدرى أن رسول الله ﷺ سئل من قطع إليات الغنم، وجب أسنمة الإبل، فقال: ما قطع من حى فهو ميت، وقال: حديث صحيح على شرط الشيخين، ولم يخرجاه. (شرح النقاية)

(١) قوله: "أكل" لأن المبان منه حى صورةً وحكمًا، إذ لا سلامته وبقاءه حيًّا بعد هذه الجرحة، فوقع ذكاة فى الحال لحل فله كما إذا أبين ولسه فى الذكاة الاختيارية.

وكذا إذا أقعد صفين؛ لما ذكرنا، بخلاف ما إذا قطع يدًا أو رجلا أو فخذًا، أو ثلثه مما يلى القوائم، أو أقل من نصف الرأس، حيث يحرم المبان منه؛ لأنه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى، وإن ضرب عنق شاة، فأبان رأسها محمل، فقطع الأوداج، ويكره لما فيه من زيادة الإثم بإبلاغه.

وإن ضربهما من قبل القدمين ميتة قبل قطع الأوداج لا تجعل، وإن لم تمت حتى قطع الأوداج حلت، ولو ضرب صيدًا فقطع يده، أو رجلا لم ينفصل، ثم يأتى إن كان يتوهم التامة، والكمالة لى أكله؛ لأنه بمنزلة سائر أجزاءه، وإن كان لا يتوهم بأن بقى متعلّقًا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الإبانة والعبرة للمعانى. (الزيلعى)

(٢) قوله: "للثانى" لأنه هو الآخذ له، وقال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه، وإنما حل لأنه لما يخرج بالأول من حيّز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار، وهو الجرح، أى موضع كان، وقد وجد. (الزيلعى)

(٣) الأول بأن أخرجه عن حيّز الامتناع.

(٤) قوله: "وحرم" لأنه لما فقد الأول فقد خرج من حيز الامتناع، فصار قادرًا على ذكاة الاختيار، فوجب عليه ذكاة على ما بينا، ولم يذكر، وصار الثانى قاتلا له، فيحرم وهو لو ترك ذكاة مع القدرة عليه يحرم، فبالقتل أولى أن يحرم، بخلاف الوجه الأول.

وهذا إذا كان بحال يسلم من الأول؛ لأن موته يضاف إلى الثانى، أما إذا كان الرمى الأول بحال لا

نقصت جراحته، وحل[1] اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل.

يسلم منه الصلاة، بأن لا يبقى فيه من الحياة إلا بقدر ما يبقى في المذبوح، كما إذا أبان رأسه يحل؛ لأن موته يضاف إلى الرمي الثاني، فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتًا حكمًا، ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم، كوقوعه بعد موته.

وإن كان الرمي الأول بحال لا يعيش منه الصيد، لكن حياته فوق حياة المذبوح، بأن كان يبقى يومًا أو دونه، فعند أبي يوسف رحمه الله لا يحرم بالرمية الثانية؛ لأن هذا القدر من الحياة لا يعتبر عنده، وعند محمد رحمه الله تعالى يحرم؛ لأن هذا القدر من الحياة مميز عنده، فصار حكمه كحكم ما إذا كان الأول يسلم منه فلا يحل. (الزيلعي)

(٥) قوله: "ضمن" لأنه أتلف صيدًا مملوكًا للأول؛ لأنه ملكه بالرمي المثخن، وقيمة المتلف يعتبر يوم الإتلاف، فيلزمه، وقيمة ناقصًا بجراحة الأول، كما لو أتلف عبدًا مريضًا، أو شاة مجروحة، فإنه يضمن قيمته ناقصًا بالمرض، أو الجرح. (شرح النقاية)

(١) قوله: "وحل" لإطلاق الآية؛ ولأن صيد ما لا يؤكل سبب الانتفاع بجلده، أو شعره، أو ريشه، أو لاستدفاع شره، وكل ذلك مشروع. (شرح النقاية)

لغةً: حبس الشيء هي، حتى كان بأى سبب كان

كتاب الرهن[١]

فلا يصح بحق القصاص   أى من المرهون

هو حبس شيء بحق يمكن استيفاءه منه، كالدين[٢]،

الصواب ويتمّ بقبضه، كما فى "العينى"   مقسومًا   عن الراهن ومتاعه

ولزم[٣] بإيجاب وقبول، وقبضه[٤] محوزًا[٥] مفرغًا مميزًا،

احترز به عن الشيوع أى فى الرهن   خبر   أى ويجوز للراهن

والتخلية[٦] فيه وفى البيع[٧] قبض[٨]، وله[٩] أن يرجع عن الرهن

---

(١) قوله: "الرهن [مناسبة الرهن بالصيد من حيث إن كل واحد من الرهن، والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال]" وبه مشروع بآية: ﴿فَرِهَانٌ مَّقْبُوضَةٌ﴾، وبما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام اشترى من يهودى طعامًا ورهنه بها درعه»، وعلى ذلك انعقد الإجماع؛ ولأنه وثيقة كالكفالة. (ك)

(٢) قوله: "كالدين" فإنه يمكن أخذه من المرهون بأن يباع، بخلاف العين؛ لأن الصورة مطلوبة فيها، ولا يمكن تحصيلها من شيء آخر. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "لزم" اعلم أنه قد وقع فى بعض نسخ "الكنز"، ولزم بالاتّهاب... إلخ، والصحيح من المذهب أن الرهن لا يلزم بإيجاب وقبول، فلذا قال المحققون -كالزيلعي وصاحب "التكملة"-: إن هذا سهو، والحق الصريح، كما وقع فى بعض النسخ ينعقد مكان قوله: لزم - فتأمل-. (عز)

(٤) قوله: "وقبضه" وقال مالك: يلزم الرهن بنفس العقد كالبيع، ولنا أنه تعالى وصف الرهن بأنها مقبوض، والنكرة إذا وصف عمت، فتقتضى الآية أن كل من مشروع هو بهذه الصفة؛ ولأن المصدر إذا ذكر بحرف الفاء فى موضع الجزاء، يراد به الأمر، كقوله تعالى: ﴿فَضَرْبَ الرِّقَابِ﴾ فكان هذا الأمر بهذه الصفة، فينتفى جوازه بدونها. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "محوزًا [أى مجموعًا]" احترز به عن رهن مشاع، فإنه لا يجوز عندنا، خلافًا لمالك والشافعي، واحترز بقوله: مفرغًا عن المشغول بالراهن، ومتاعه فلو رهن دارًا وسلمها وجواد متاعه فيها، لا يتم عقد الرهن حتى يسلمها ثانيًا بعد خروجه، أو متاعه عنها.

وقوله: مميزا أى غير متصل بغير اتصال خلقة، واحترز به عن رهن الثمر على الشجر دون الشجر؛ لأن المرهون إذا اتصل بغير المرهون اتصال خلقة صار كالمشاع. (شرح النقاية مع تصرّف)

(٦) أى تخلية الراهن بين المرهون والمرتهن فى الراهن بدفع الموانع عن القبض.

أى المرتهن / أى الرهن / أى قيمة الرهن
ما لم يقبضه، وهو مضمون(١) بأقل من قيمته ومن الدين،
تفريع على ما قبله / الراهن / أى قيمة الرهن / أى دين المرتهن / مرتهن / حكمًا
فلو(٢) هلك قيمته مثل دينه صار مستوفيًا دينه، وإن كانت

---

(٧) أى التخلية البائع بين المبيع والمشترى.

(٨) قوله: "قبض" لأن هذا هو غاية ما يقدر، وعن أبى يوسف: أنه لا يصح فى المنقول لا بالنقل، وبه قال أحمد.

قال الشارح: والصواب أن التخلية تسليم؛ لأنه عبارته عن دفع الموانع من القبض، وهو فعل المسلم، دون المتسلم، والقبض فعل المتسلم، قلت: إذا كانت التخلية تسليمًا فمن ضرورته الحكم بالقبض، سواء وجد القبض حقيقة أولا، فالشيخ رحمه الله ذكر الغاية التى يبنى عليها الحكم؛ لأنه هو المقصود. (العينى)

(٩) قوله: "وله" أى للراهن أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن؛ لما ذكرنا أنه تبرع، ولا لزم على المتبرع ما لم يسلم، كالهبة والصدقة، وفيه خلاف مالك. (ز)

(١) قوله: "مضمون" وقال الشافعى رحمه الله: الرهن كله أمانة فى يد المرتهن، لا يسقط من الدين شىء بهلاكه؛ لقوله ﷺ: «لا يغلق الرهن من صاحبه الذى رهنه له غنمه وعليه غرمه»، رواه الدارقطنى.

قال: معناه: لا يصير مضمونًا بالدين، ومعنى قوله: له غنمه، أى للراهن الزوائد، وعليه غرمه: أى لو هلك كان الهلاك على الراهن.

ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق فرس عنده: «ذهب حقك»، رواه أبو داود مرسلا، وقال عبد الحق: هو مرسل ضعيف، وضعفه أيضًا ابن القطان، وقوله عليه الصلاة والسلام: «إذا عمر الرهن فهو بما فيه»، رواه أبو داود فى "مراسيله"، وقال ابن القطان: مرسل صحيح، معناه على ما قالوا: إذا اشتبهت بك قال: كل من الراهن والمرتهن لا أدرى كم كانت قيمته قيمة الرهن بعد ما هلك.

وإجماع الصحابة والتابعين على أن الرهن مضمون، وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «لا يغلوه الرهن...» إلخ، فمعناه على ما قالوا: الاحتباس الكلى بأن يصير مملوكًا له، كذا ذكره الكرخى عن السلف كطاوس وإبراهيم وغيرهما. (الزيلعى والكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "فلو" بيانه إذا رهن ثوبا قيمته عشرة بعشرة، فهلك عند المرتهن يسقط، وإن كان قيمة الثوب خمسة، يرجع المرتهن على الراهن بخمسة أخرى، وإن كانت قيمته خمسة عشرة، الفضل أمانة عندنا.

وفى "العناية": بيع الرهن مضمون بالأقل من قيمته ومن الدين، وفائدة هذا تظهر فى مسائل: منها: إذا رهن عبد بألف درهم وقيمته ألفان، فألف فرده رجل من مسيرة ثلاثة أيام، فإن الجعل على الراهن، وعلى المرتهن نصفان؛ لأن العبد نصفه مضمون بالدين، ونصفه أمانة،

الراهن
أكثر من دينه، فالفضل أمانة، وبقدر الدين صار مستوفيًا، وإن
من الدين المرتهن أى بقدر الرهن على الرهن
كانت أقل صار مستوفيه بقدره، ورجع المرتهن بالفضل(١)،
أى للمرتهن أى بسبب دينه وإن كان الرهن فى يده أى ويؤمر
وله(٢) أن يطالب(٣) الراهن بدينه، ويحبسه به، ويؤمر(٤) المرتهن
إذا أحضر المرتهن الرهن
بإحضار رهنه، والراهن بأداء دينه أولا.

أى لا يجب على المرتهن أن يمكّن الراهن
وإن(٥) كان الرهن فى يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى

فيكون الجعل بينهما بالحصص.

ومنها: مداواه الأمراض والجروح؛ لأنه ينقسم ذلك على المضمون وعلى الأمانة بالحصص، وما أصاب المضمون على المرتهن، وما أصاب الأمانة فعلى الراهن. (التكملة)

(١) أى بالدين الذى فضل عن الرهن الهالك.

(٢) قوله: "وله" أى للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به، وإن كان الرهن فى يده؛ لأن حقه باق بعد الرهن، والرهن لزيادة الصيانة، فلا تمتنع به المطالبة، وكذا لا يمتنع به الحبس؛ لأنه جزاء الظلم، وهو المماطلة على ما بيناه فى القضاء مفصلا. (الزيلعى)

(٣) إذا كان الدين حالا، وإلا فيطالبه عن طول الأجل.

(٤) قوله: "ويؤمر" أى إذا طلب المرتهن دينه يؤمر بإحضار الرهن أولا، ليعلم أنه باق؛ ولأن قبض الرهن قبض استيفاء، فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء؛ لأنه يؤدى إلى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك فى يد المرتهن، وهو محتمل، وإذا أحضر المرتهن الرهن، أمر الراهن بتسليم الدين أولا، وهو المراد بقوله: والراهن بأداء دينه أولا ليتعين حق المرتهن فى الدين، كما تعين حق الراهن فى الرهن، تحقيقًا للتسوية بينهما، كما فى تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع، ثم يسلم المشترى الثمن أولا؛ لما ذكرنا.

وإن طالبه بالدين فى غير البلد الذى وقع فيه العقد، فإن كان الرهن مما لا حمل ولا مؤنة، فكذلك الجواب؛ لأن الأماكن كلها كبقعة واحدة فى حق التسليم، ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الإيفاء فيه فى باب السلم بالإجماع، وإن كان له حمل ومؤنة، يستوفى دينه، ولا يكلف إحضار الرهن؛ لأنه نقل، والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل؛ لأنه يتضرر به زيادة ضرر، ولم يلزمه فى العقد. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وإن" أى لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكى يقضى بثمنه الدين، لا يجب على المرتهن أن يمكنه من البيع؛ لأن حكم الرهن الحبس الدائم إلى أن يقضى الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل، فلو قضاء البعض، فله أن يحبس كل الرهن، حتى يستوفى الفئة، كما فى

أى الراهن والمرتهن الراهن المرتهن الرهن

يقضيه الدين، فإذا(١) قضى سلم الرهن، ولا ينتفع(٢) المرتهنُ

فى العبد فى الدار إلا بإذن المالك أى المرتهن والمرتهن

بالرهن استخداماً وسكنىً ولبساً وإجارة وإعارة، ويحفظه(٣)

المرتهن

بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله، وضمن(٤)

أى بحفظ الرهن أى بغير المذكورين منصوب لأنه مفعول لقوله: ضمن مبتدأ أى حفظ الرهن

بحفظه بغيرهم، وبإيداعه وتعديه قيمته، وأجرة بيت حفظه

خبر أى تجفى على الروايات المشهورة أى راعى الرهن بأن كان حيواناً المشهور

وحافظه على المرتهن، وأجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج(٥)

حبس المبيع. (الزيلعى)

(١) قوله: "فإذا" أى إذا قضى الراهن جميع الدين، سلم المرتهن الرهن لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن إليه، فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه إلى الرهن، استرد الراهن قضاه من الدين؛ لأنه تبين بالهلاك أنه صار مستوفياً، فيجب رده، وهذا لأنه بإبعاد الدين لا ينفسخ الرهن، حتى يرده إلى صاحبه، فيكون مضموناً على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلم، أى الراهن، أو يبرئه المرتهن عن الدين. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولا ينتفع" أى لا يجوز للمرتهن هذه التصرفات فى الرهن، وإن فعلها كان متعدّياً، ولا يبطل الرهن بالتعدّى، أما غير الإعارة فلأن للمرتهن حق الحبس دينه لا الانتفاع به، وأما الإعارة فلأنه لا يملك الانتفاع بنفسه، فلا يملك تسليط الغير عليه إلا بالإذن. (عز)

(٣) قوله: "يحفظ" لأنه عينه أمانة فى يده، فصار كالوديعة.

(٤) قوله: "ضمن" لما بينا أن عليه وديعة، والوديعة تضمن بالهلاك بهذه الأشياء؛ لكونه متعدّياً بها، فيضمن جميع قيمته، كالمغصوب، هل يضمن المودع الثانى، فهو على الخلاف الذى بينا فى المودع فى كتاب الوديعة.

ثم إن قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يقتضيان قصاصاً بمجرد القضاء إذا كان الدين حالا، فلا يطالب كل واحد منهما بصاحبه إلا بالفضل، وإن كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته، وتكون رهناً عنده؛ لأنه بدل الرهن، فيكون له حكم أصله، فإذا حل الأجل أخذ بدينه، وإن قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين، كان الضمان رهناً عنده إلى أن يقضيه دينه؛ لأنه بدل الرهن، فأخذ حكمه. (عز والزيلعى)

(٥) بالرفع عطف على المضاف أى خراج الأرض يجب على... إلخ.

فقط
على الراهن[١].

أى أخذ رهنًا أى أخذ الرهن بذلك الشيء منها

باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز

لا يصحّ رهن المشاع[٢] والثمرة[٣] على النخيل دونها،

(١) قوله: "على الراهن" لأنه من مؤن الملك أما كون الأجرة والمنفعة من مؤن الملك، فلأنهما لتبقية العين، وأما الخروج فلأنه طعمة القاتلة، وهم الحافظون الإملاك على الملاك بدفع الأعاد، والأصل إنما يحتاج إليه لتبقية الرهن، فهو على الرهن؛ لأن القبض باق على ملكه، فعليه إصلاحها؛ لأنه مؤنة ملكه، كما فى الوديعة، وكل ما كان لحفظه، أو لرده إلى يد المرتهن كجعل الآبق، فإنه على المرتهن ليرده على الراهن، فيستوفى دينه، أو لرد الجزء منه، كمداواة المرض، فإنه على المرتهن؛ لأن رد كل الرهن واجب عليه، فكذا جزءه، فهو على المرتهن؛ لأن الإمساك حقه، والحفظ واجب عليه، فيكون بدله عليه، وذلك كأجرة الحفظ والبيت. (ك وحاشيته)

(٢) قوله: "رهن المشاع" وقال الشافعى رحمه الله: يجوز؛ لأن موجبه عنده استحقاق بيعه تعينه له، والمشاع يقبل ذلك؛ ولئن كان استيفاء، فالاستيفاء الحقيقى لا يمتنع بالشيوع، فكذا الحكمى.

ولنا أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء، واستحقاق الحبس الدائم لتحصيل مقصوده، وهو الاستيثاق من الوجه الذى بينا، وذلك لا يحصل إلا بثبوت اليد عليه، ولهذا شرط فى النص أن يكون مقبوضًا، بخلاف حقيقة الاستيفاء؛ لأن موجبها ملك العين المستوفاة فقط؛ لأن الحبس والملك يتصور فى المشاع، ولا يتصور الحبس الدائم فيه؛ لأنه يبطل بالمهايأة، فتصير كأنه رهنه يومًا، ويومًا لا، ولهذا لا يستوى فيه ما يحتمل القسمة، وما لا يحتملها، بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لا يحتمل القسمة؛ لأن موجبها الملك، وذلك لا يمتنع بالشيوع، وإنما يمنعها لزوم غرامة القسمة، وذلك فيما يقسم لا غير، ولا يجوز من شريكه أيضًا؛ لأن ثبوت اليد فى المشاع لا يتصور، ولأنه لو جاز لأمسكه يومًا بحكم الرهن، ويومًا بحكم الملك، فيصير كأنه رهنه يومًا ويومًا، بخلاف الإجارة حيث تجوز فى المشاع من شريكه؛ لأن حكمها التمكن من الانتفاع، لا الحبس، والشريك متمكن من ذلك، فيجوز بخلاف غير الشريك، والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الأصل. (الزيلعى)

(٣) قوله: "والثمرة" وجه عدم صحته رهن هذه الثلاثة أن المرهون متصل بما ليس بمرهون خلقة، فكان فى معنى المشاع، وكذا عكسه الثلاثة؛ لأن الاتصال يقوم بالطرفين، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يصح فى النخل. (الكشف مع زيادة)

وزرع الأرض دونها، ونخل في أرض دونها، والحُر[١] والمدبر والمكاتب وأم الولد، ولا[٢] بالأمانة وبالدرك[٣]، وبالمبيع[٤]، وإنما[٥] يصح بدين ولو موعودًا، وبرأس[٦] مال[٧] السلم،

أي ويصح أيضًا — أي ولا يصح الرهن بالأمانة — أي ولا يصح الرهن بالمبيع

(١) قوله: "والحر" وجه عدم صحة رهن هؤلاء الأربعة أن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء، ولا يتحقق الاستيفاء من هؤلاء لعدم المالية في الحر، ولقيام المانع في الباقين. (الكشف مع زيادة)

(٢) قوله: "ولا" أي لا يصح الرهن بالأمانات، كالودائع والعواري ومال المضاربة؛ لأنها ليست بمضمونة، وحاصله أن الرهن لابد فيه من الضمان ليقع مضمونًا، ويتحقق استيفاء الدين منه، ولا ضمان في الأمانات. (شرح النقاية والمجمع)

(٣) قوله: "وبالدرك" أي ولا يجوز الرهن بالدرك، صورته: باع وسلمه إلى المشتري، فخاف المشتري من الاستحقاق، فأخذ الثمن رهنًا، فهذا الرهن باطل، والكفالة به جائزة، والفرق أنه شرع للاستيفاء، ولا استيفاء إلا في الواجب، فلا يحتمل الإضافة والتعليق، وأما الكفالة فهي التزام بغير عوض، وذلك يحتملها، كالصوم والصلاة (م)

(٤) قوله: "وبالبيع" صورته: إذا باع أحد شيئًا، ولم يقبضه المشتري، وخاف على المبيع، فأخذ من البائع رهنًا، لا يصح؛ لأنه ليس بمضمون بمثل ولا بقيمة، لكن يسقط بهلاكه الثمن الذي هو حق البائع، ويسمى هذا مضمونًا لغيره. (شرح النقاية مع زيادة)

(٥) قوله: "وإنما" أي لا يصح الرهن إلا بالدين، ولو كان الدين موعودًا؛ لأن الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة، بل جعل موجودًا اقتضاءً؛ لأن الرهن استيفاء، والاستيفاء لا يسبق الوجوب، بل يتلوه، ولابد من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنيًا عليه.

ولأنه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده، فيعطى له حكمه، صورته أن يقول: رهنتك هذا لتقرضني ألف درهم، فقبض الرهن، وهلك في يده قبل أن يقرضه ألفًا، فإنه يهلك مضمونًا على المرتهن، حتى يجب عليه تسليم الألف إلى الراهن بعد هلاكه؛ لأن الموعود جعل هنا كالموجود باعتبار الحاجة، فكان حاصلة بعد القرض حكمًا أقل الظاهر، أن الخلف لا يجري في الوعد، فكان مقضيًا إلى الوجود حكمًا، بخلاف الرهن بالدرك، وهو أن يأخذ المشتري من البائع رهنًا بالثمن خوفًا من استحقاق المبيع، فإنه باطل، إذ الظاهر أن البائع يبيع مال نفسه. (الطحطاوي وشرح النقاية بتصرّف)

(٦) قوله: "وبرأس" أي يجوز الرهن بهذه الأشياء، وقال زفر رحمه الله: لا يجوز؛ لأن حكمه الاستيفاء، وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس، والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم، وهو قول الأيمة الثلاثة، ورد بأن الاستبدال أخذ صورة ومعنى، وللاستيفاء في الرهن

قبل الافتراق — قبل الافتراق وبعده

وثمن الصرف، والمسلم فيه، فإن هلك[١] صار مستوفيًا[٢]،

أي ويجوز للأب — نصبه على أنه مفعول "يرهن" أي لولده الصغير

وللأب[٣] أن يرهن بدين عليه عبدا لطفله، وصح[٤] رهن

أي الذهب والفضة — هذه الأشياء — فهلكت — لأنه صار مستوفيًا باعتبار الوزن

الحجرين والمكيل والموزون، فإن رهنت بجنسها هلكت بمثلها من الدين، ولا[٥] عبرة بالجودة[٦].

أخذ معنى، فإن العين أمانة، والمضمون هو المالية. (المجمع والزيلعى بتصرّف)

(٧) إنما أفرد هذه المذكورات بالذكر مع دخولها في قوله: ويصح بدين؛ ليترتب عليه قوله: فإن هلك. . . إلخ. (الطحطاوى)

(١) الرهن في مجلس العقد، ثم الصرف والسلم وصار. . . إلخ، إشارة إلى ما يظهر فيه فائدة جواز الرهن بالأشياء المذكورة.

(٢) لتحقق القبض حكمًا كما هو الحكم في باب الرهن عند الهلاك. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "للأب" لأنه يملك إيداعه، وهذا أنظر منه في حق الصبي؛ لأن قيام المرتهن بحفظه أطبع لمحافظ الغرامة، ولو هلك يهلك مضمونًا، والوديعة أمانة، والوصي في هذا كالأب.

وعن أبي يوسف وزفر رحمهما الله أنهما لا يملكان ذلك، وهو القياس؛ لأن الرهن إيفاء حكمًا، فلا يملكانه كالإيفاء حقيقة، وجه الاستحسان وهو الظاهر لأن في حقيقة الإيفاء إزالة للملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا، وإذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيًا دينه عند هلاكه حكمًا، ويصير الأب والوصي موفيًا له به، ويضمنان ذلك القدر للصغير. (الزيلعى)

(٤) لإمكان الاستيفاء منه، فكان محلا للرهن.

(٥) قوله: "ولا" وقالا: يضمن القيمة -أي تؤخذ القيمة من المرتهن- من خلاف جنسه، ويكون رهنًا مكانه، إذ لا وجه للاستيفاء بالوزن لضرر المرتهن لفوات حقه في الجودة، ولا إلى اعتبار القيمة لأداءه إلى الربا، فصرنا إلى التضمين، بخلاف الجنس، فينتقض القبض في الهلاك، وإلا في القبض قد انتقض بهلاك الرهن، ويجعل مكان الرهن ثم يتملكه، وأن لا عبرة بالجودة عن المقابلة بالجنس، في الربويات، واستيفاء الجيد بالرديء جائز كما في الصرف والسلم، وقد حصل الاستيفاء بالإجماع، ولا يمكن نقضه بإيجاب الضمان.

حاصله التزام ضرر المرتهن لتعذر دفعه، وما عيناه في قصور دفعه بقولهما: فصرنا. . . إلخ منعه المصنف بقوله: ولا يمكن. . . إلخ؛ لأنه لابد له من مطالب، ومطالب ولا مطالب -بالكسر- لأن الراهن قد أدى دينه بالرديء، فأي فائدة له في المطالبة، والمرتهن مطالب فلا يكون مطالبًا -بالكسر- للتدافع، وكذا الإنسان لا يضمن ملك نفسه، ويتعذر الضمان بتعذر النقص. (الكشف

ومن باع عبدًا على أن يرهن المشترى بالثمن شيئًا بعينه[١]، فامتنع (المشترى) لم يجبر (عليه)[٢]، وللبائع فسخ البيع إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا، أو قيمته الرهن (أى الرهن المشروط) رهنا، وإن قال (المشترى) للبائع: أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن، فهو[٣] رهنٌ، ولو[٤] رهن

(وحاشيته)

(٦) قوله: "بالجودة" قال ملا مسكين: إذا ارتهن الراهن فضة وزنها عشرة بعشرة، وهلك، فإن كانت قيمته مثل وزن عشرة سقط الدين بالاتفاق، وإن كانت قيمته أقل من وزنه فكذلك عند الإمام، وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه. (الطحطاوى)

(١) فلو لم يكن معينًا كان العقد فاسدًا قياسًا واستحسانًا.

(٢) قوله: "لم يجبر" والقياس عدم جواز هذا العقد لما فيه من صفقة فى صفقة، وهو منهى عنه؛ ولأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة لأحدهما، وجه الاستحسان أنه شرط ملائم؛ لأن الرهن للاشتياق، والاشتياق يلايم الوجوب ثم عدم الإجبار؛ لأن الرهن عقد التبرع من جانب الراهن، ولا جبر على التبرّعات، ولكن للبائع فسخ البيع؛ لأنه وصف مرغوب فيه، وما رضى إلا به، فيتخير إلا بفواته إلا أن يدفع المشترى الثمن حالا لحصول المقصود أو قيمة الرهن رهنًا لثبوت يد الاستيفاء على المعنى وهو القيمة. (الكشف)

(٣) قوله: "فهو" خلافًا لزفر رحمه الله، لنا أنه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن، وهو الحبس إلى وقت الإعطاء، والعبرة فى العقود للمعانى، فالكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة، والحوالة فى ضد ذلك كفالة، وعن أبى يوسف أنه لا يكون رهنًا؛ لأن قول أمسك يحتمل الرهن، ويحتمل الإيداع، والثانى أقلهما -لعدم الضمان- فيقضى بثبوته، بخلاف ما إذا قال: أمسكه بدينك أو بمالك؛ لأنه قابل بالدين، فقد عين جهة الرهن.

قلنا: لمّا مده إلى الإعطاء علم أن مراده الرهن (وهذا لأن التصريح بموجب العقد كالتصريح بفظ العقد؛ لأن قولك ملكتك هذا بعشرة وقولك بعتك بعشر سواء موجب الرهن هو الحبس إلى وقت الفكاك، فإذا صرح بالإمساك إلى الإعطاء، فقد صرح بموجب الرهن. (الكشف)

(٤) قوله: "ولو" أى إذا رهن عبدين بألف، وقيمتهما متساوية، فقضى خمس مائة مثلا، وأراد أن يسترد أحدهما لا يجبر المرتهن عليه لحبس الكل بكل الدين، فيكون الجميع محبوسًا بكل جزء من أجزاء الدين تحصيلا للمقصود، وهو المبالغة، والحمل على الإيفاء، وصار كما إذا باع أحد عبدين بألف درهم، والقيمة متساوية، فأدى المشترى خمس مائة، وأراد أن يأخذ أحد العبدين، لا يجبر البائع. (عز)

وهي ما يخصه إذا قسم الدين على قيمت — الرهن حتى يؤدى باقي الدين

عبدين بألف، لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالمبيع[١]، ولو رهن عينًا عند رجلين صح[٢]، والمضمون على كلٍ حصةُ[٣] دينه، فإن قضى دين أحدهما، فالكل رهن[٤] عند الآخر، وبطل[٥] بينة كل منهما على رجل أنه رهنه عبده

(من المرتهنين — الراهن — أي فجميع الرهن — أي كل واحد من الرجلين)

(١) أي كما إذا باع شيئًا، والمبيع في يد البائع، فنقد المشترى بعض الثمن، وأراد أن يأخذ بعض المبيع، لا يملك ذلك. (الطائي)

(٢) قوله: "صح" أي ولو رهن رجل عينًا عند رجلين بدين لكل واحد منهما عليه، سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا شريكين في كل العين، رهن بكل واحد منهما، أي من الرجلين؛ لأن الرهن أضيف إلى جميع العين في صفقة واحدة، ولا شيوع في الرهن، وموجبه صيرورته محتبسًا بالدين، وهذا الحبس مما لا يقبل الوصف بالتجزى، فصار محبوسًا لكل واحد منهما، بخلاف الهبة من رجلين، حتى لا يجوز عند الإمام؛ لأن العين تنقسم عليهما، فيثبت الشيوع ضرورة. (المجمع)

(٣) قوله: "حصة" لأن كل واحد منهما يصير مستوفيًا بالهلاك، وليس أحدهما بأولى من الآخر، فينقسم عليهما؛ لأن الاستيفاء مما يقبل التحرى. (التكملة)

(٤) قوله: "رهن" لأن كل محبوس بكل جزء من أجزاء الدين، فلا يكون له استرداد شيء منه ما دام شيء من الدين باقيًا، كما إذا كان المرتهن واحدًا، أو كان المبيع إذا أدى أحد المشتريين حصة، أو مشترٍ واحد، أدى حصة بعض المبيع، وإذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنًا واحدًا، فهو جائز، والرهن رهن بكل الدين، وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين؛ لأن قبض الرهن يحصل في الكل من غير شيوع، فصار هو نظير البائع وهما نظير المشتريين. (الزيلعي)

(٥) قوله: "وبطل" معناه أن رجلا في يده عبد، فأقام رجلان بينة أنه رهنه العبد الذي في يده، فهو باطل؛ لأن كل واحد منهما أثبت بينته أنه رهنه كل العبد، فلا يتصور ذلك؛ لأن العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنًا، لهذا في حالة واحدة، فيمتنع القضاء به لأحدهما لعدم الأولية، ولا وجه إلى القضاء بالنصف؛ لأنه يؤدى إلى الشيوع، فتعذر العمل بالبينتين، فتهارتا.

ولا يمكن أن يقدر كأنهما ارتهناه معا استحسانًا، لجهالة التاريخ؛ لأن ذلك يؤدى إلى العمل، بخلاف ما إذا اقتضته الحجة؛ لأن كلا منهما أثبت بينته حبسًا يكون وسيلة إلى تملك كل العبد بالاستيفاء، وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة إلى تملك شطره بالاستيفاء، فلا يكون عملا على وفق الحجة، فكان العمل بالقياس أولى لقوة أثره المستتر، وهو أن كل واحد منهما يثبت الحق

أى العبد / أى راهن العبد مثلا / أى فى أيدى المرتهنين / واحد منهما
وقبضه، ولو مات راهنه والعبد فى أيديهما فبرهن كل على ما
منهما / أى نصف العبد
وصفنا، كان[1] فى يد كل واحد نصفه رهنًا بحقه.

باب[2] الرهن يوضع على يد عدل

أى الراهن والمرتهن / وضعهما / أى الرهن / أى الراهن أوالمرتهن
وضعا الرهن على يد عدل صح[3]، ولا يأخذه[4] أحدهما

ببينة على حدة، ولم يرض بمزاحمة الآخر، بخلاف ما إذا ارتهنا جملة؛ لأن العقد فيه من جانب الراهن واحد هنا يثبت كل واحد منهما عقدًا آخر، والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز، فإذا وقع باطلا إذا هلك يهلك أمانة؛ لأن الباطل لا حكم له.

هذا إذا لم يؤرّخا، فإذا أرّخا كان صاحب التاريخ الأقدم أولى؛ لأنه يثبته فى وقت لا ينازعه فيه أحد، وكذا إذا كان الرهن فى يد أحدهما، كان صاحب اليد أولى؛ لأن تمكنه من القبض دليل على سبقه، كدعوى نكاح المرأة، أو شراء عبد من واحد. (الزيلعى بحذف)

(١) قوله: "كان" وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة ومحمد، وفى القياس هذا باطل، وهو قول أبى يوسف؛ لأن المقصود من الرهن الحبس للاستيفا، وهو الحكم الأصلى لعقد الرهن، فيكون الحكم به حكمًا بعقد الرهن، إذ لا يثبت الحكم بدون علته، وأنه باطل للشيوع، كما فى حالة الحياة.

وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس، والشائع لا يقبله، وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه، والشائع يقبله، فصار كما إذا ادعى رجلان نكاح امرأة أو ادعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل، فإن البينتين تهاترتا فى حالة الحياة، وقبلناها بعد الممات؛ لأن حكمها فى حالة الحياة ثبوت ملك النكاح، وهو لا يقبل الانقسام، ولا الشركة، وبعد الممات ثبوت ملك المال بالإرث، وهو يقبل الشركة والانقسام.

وقوله: والعبد فى أيديهما وقع اتفاقًا حتى لو لم يكن العبد فى أيديهما، وأثبت كل واحد فيه الرهن، والقبض كان الحكم كذلك، ولهذا لم تذكر إليه فى المسألة الأولى. (الزيلعى)

(٢) قوله: "باب" لما انتهى القول فى الأحكام الراجعة إلى نفس الراهن والمرتهن ذكر ما يرجع إلى نائبهما، وهو العدل؛ لأن حكم النائب يقضو حكم الأصل، والمراد بالعدل هنا من رضى الراهن والمرتهن بوضع الرهن فى يده، ورضاء بيعه الرهن عند حلول الأجل، وهو وكيل الراهن ببيعه، كن يخالف المفرد فى مسائل. (الطحطاوى)

(٣) قوله: "صح" وقال مالك: لا يصح؛ لأن يده يد المالك، فانعدم القبض، ولنا أن يده على الصورة يد المالك فى الحفظ إذ العين أمانة، ويد المرتهن فى المالية؛ ولأن يده يد ضمان، والمضمون وهو المالية، فننزل منزلة الشخصين تحقيقة لما قصداه من الرهن. (الكشف)

أى من يد العدل — الراهن

منه، ويهلك(١) فى ضمان المرتهن، فإن وكّل المرتهن أو العدل

أى ببيع الرهن — أى التوكيل — والوكالة

أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح(٢)، فإن(٣) شُرِطَتْ فى

الوكيل — أى بعزل الراهن الموكل

عقد الرهن لم ينعزل بعزله، وبموت الراهن والمرتهن،

البيع الرهن — الوكالة

وللوكيل(٤) بيعه بغيبة ورثته، وتبطل(٥) بموت الوكيل، ولا

الرهن

يبيعه(٦) المرتهن أو الراهن إلا برضاء الآخر، فإن(٧) حلّ الأجل،

---

(٤) قوله: "ولا يأخذ" لتعلق حق الراهن فى الحفظ بيده، وتعلق حق المرتهن به استيفاء، ولا يملك أحدهما لإبطال حق الآخر. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ويهلك" يعنى إذا هلك الرهن الذى وضعاه فى يد عدل يهلك فى ضمان المرتهن، وهى المضمونة. (عز)

(٢) قوله: "صح" لأن الراهن مالك، فلأن يوكل من شاء من الأهل ببيع ماله معلقًا أو منجزًا؛ لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الإسقاطات؛ لأن المانع من التصرف حق المالك، وبالتسليط على بيعه أسقط حقه، والإسقاطات يجوز تعليقها بالشروط، ولو أمر ببيعه صغيرًا لا يعقل، فباعه بعد ما بلغ لا يصح عند أبى حنيفة.

وقالا: يصح لقدرته عليه وقت الامتثال، وهو يقول: إن أمره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الأمر، فلا يتقلب جائزًا. (الزيلعى)

(٣) قوله: "فإن" أى فإن شرط الوكالة فى عقد الرهن، فليس الراهن أن يعزل الوكيل، وإن عزله لم ينعزل بالعزل، سواء كان العدل أو المرتهن أو غيرها؛ لأنه لما شرط فى ضمان العقد صار وصفا من أوصافه، فيلزم كأصله؛ لأن حكم التبع لا يفارق الأصل، ولم ينعزل بموت أحد راهنًا كان أو مرتهنًا؛ لأن التوكيل متى صار لازمًا تبعًا للرهن، يبقى ببقاءه، ولا يبطل الأصل بموتها، فيبقى التبع فى ضمنه إلا بموت الوكيل، والرهن على حاله، فإن الوكيل الواقع فى عقد الرهن ببيع المرهون يبطل، ولا يقوم وارث الوكيل، ولا وصيه مقامه؛ لأن الموكل رضى برأى الوكيل، لا برأى غيره. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "وللوكيل [كما كان له حال حياة أن يبيعه بغير حضوره]" أى ويجوز للوكيل بيع رهن الموكل ببيعه، ولو غابت ورثة الراهن للإيفاء، كما فى حال حياة الراهن. (عز)

(٥) لأن الوكالة لا يجرى فيها الإرث، ولأنه رضى برأيه، لا برأى غيره.

(٦) قوله: "ويبيعه" لأن الراهن مالك، وما رضى ببيعه، والمرتهن أحق بماليته من

وغاب الراهن أُجبر الوكيل على بيعه، كالوكيل[1] بالخصومة إذا غاب موكله أُجبر عليها، وإن باعه العدلُ، وأوفى مرتهنه ثمنه، فاستُحق الرهن، وضمن، فالعدل يُضمّن[2] الراهن قيمته،

(وامتنع عن الخصومة) (أى الرهن) (أى ثمن الراهن)

الراهن، فالراهن لا يقدر على تسليمه بالبيع. (الكشف)

(٧) قوله: فإن" أى وإن حل الأجل والراهن أو وارثه بعد موته غائب، وأبى الوكيل أن يبيعه، أُجبر بالاتفاق الوكيل على بيعه، أى الرهن، بأن يحبسه القاضى أيامًا، فإن لج بعد الحبس أيامًا، فالقاضى يبيع عليه، وهذا على أصلهما ظاهر، وأما على أصل الإمام فكذلك عند البعض؛ لأن جهة البيع تعينت؛ لأن بيع الرهن صار حقًا للمرتهن إيفاء لحقه، بخلاف سائر أموال المديون.

وقيل: لا يبيع كما لا يبيع مال المديون عنده، وفيه إشعار بأنه لو حضر الراهن لا يُجبر الوكيل، بل أجبر هو كما فى القهستانى، ثم إن البيع يفسد بهذا الإجبار؛ لأنه إجبار بحق، فصار كلا إجبار، وفيه إيهام أنه لا يجوز البيع قبل حلول الأجل.

وفى "الخانية": لو سلط العدل على البيع مطلقا، ولم يقل عند حلول الدين فله أن يبيع قبل ذلك. (المجمع)

(١) قوله: "كالوكيل []أى كما يجبر الوكيل... إلخ، والجامع بينهما إبطال الحق فى الامتناع" أى إذا وكل المدعا عليه رجلا بخصومة بطلب المدعى، فغاب الموكل، وأبى الوكيل أن يخاصمه، فإنه يجبر على الخصومة؛ لأن المدعى خلى سبيل المدعا عليه اعتمادًا على أن وكيله يخاصمه، فلا يمكن للوكيل أن يمتنع، كما فى "الكافى"، وفيه إشعار بأن تكون الوكالة بطلب المدعى، لكن إطلاق المتن يخالفه تدبرًا.

وفى "البرجندى": والخلاف فى إجبار الوكيل بالخصومة؛ لأن الوكيل بقضاء الدين لا يجبر إذا وكله بقضاءه من مال نفسه، بخلاف ما إذا وكله بقضاء الدين من مال الموكل. (المجمع)

(٢) قوله: "يضمن" وكشف هذا أن المرهون المبيع إذا استحق إما أن يكون هالكًا أو قائمًا، ففى الوجه الأول المستحق بالخيار إن شاء يضمن الراهن؛ لأنه غاصب فى حقه بالأخذ والتسليم، وإن شاء ضمن العدل؛ لأنه متعدّ مثله بالبيع والتسليم، فصار غاصبًا بذلك، فإن ضمن الراهن نفذ البيع، وصح الاقتضاء؛ لأن الراهن يملكه بأداء الضمان مستندًا إلى وقت الغصب، فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه.

وإن ضمن المستحق العدل وهو البائع نفذ البيع أيضًا؛ لأن العدل يملكه بأداء الضمان، ثم هو بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه وكيل من جهته، وأهل له، فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور من جهة، ونفذ البيع؛ لأن الراهن لما كان قرر الضمان عليه، وضمن ملك بأداء الضمان، فتبين أنه أمره ببيع ملكه، فصح اقتضاء المرتهن، فلا يرجع على الراهن بدينه.

وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن؛ لأنه تبين أن الثمن أخذه بغير حق؛ لأن العدل

الذى أعطاه بأن كان عبدًا فهلك
أو المرتهن ثمنه، وإن مات(١) الرهن عند المرتهن، فاستحق،

ملك العبد بأداء الضمان، واستقر ملكه فيه، ولم ينتقل إلى الراهن على التقديرين؛ لأن يرجع على الراهن بما ضمن، ونفذ بيعه عليه؛ لأنه المباشر، فصار الثمن له؛ لأنه بدل ملكه، وإنما أداه إلى المرتهن على حسبان أن المبيع ملك الراهن، فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به، فله أن يرجع به عليه.

وفى الوجه الثانى: وهو ما إذا كان قائمًا فى يد المشترى فللمستحق أن يأخذه من يده؛ لأنه وجد عين ماله، ثم للمشترى أن يرجع على العدل بالثمن؛ لأنه العاقد، فتتعلق به حقوق العقد، وهذا من حقوقه، حيث وجب بالبيع، وإنما دفعه المشترى إليه ليسلم له المبيع، ولم يسلم.

ثم إذا ضمن العدل الثمن للمشترى كان بالخيار، إن شاء رجع على الراهن بالقيمة؛ لأنه هو الذى أدخله فى هذه العهدة، فيجب عليه تخليصه، وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن، وسلم له المقبوض، وبرئ الراهن عن الدين، وإن شاء العدل رجع على المرتهن؛ لأن البيع انتقض بالاستحقاق، فبطل الثمن، وقد قبضه ثمنًا، فيجب عليه رده، ونقض قبضه ضرورة، فإذا دفعه إلى العدل عاد حقه فى الدين على الراهن كما كان، فيرجع به عليه. (الزيلعى وتمامه فيه)

(١) قوله: "وإن مات" الأصل فيه أن العبد المرهون إذا هلك فى يد المرتهن، ثم استحقه رجل، كان المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن، وإن شاء ضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدّ فى حق الراهن، وبالأخذ التسليم والمرتهن بالقبض والتسلم، فإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيًا كدينه بهلاك الرهن؛ لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستندًا إلى ما قبل التسليم، فتبين أنه رهن ملك نفسه، ثم صار المرتهن مستوفيًا بهلاكه، وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة، وبدينه على الراهن، إما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن، وإما بالدين فلأنه انتقض قضاءه، فيعود حقه كما كان.

فإن قيل: لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه، والملك فى المضمون ثبت لمن عليه قرار الضمان، فتبين أو رهن ملك نفسه، فصار كما إذا ضمن المستحق ابتداء.

قلنا: هذا طعن أبى خازم القاضى، والجواب عنه لأن المرتهن يرجع على الرهن بسبب الغرور، والغرور بالتسليم المرتهن، ويملك الراهن العين من ذلك الوقت، وعقد الرهن كان سابقًا عليه، فلم يتبين أنه رهن ملك نفسه ملكا لغيره، فلا يكون المرتهن مستوفيًا بملك العين بالتلقى من المرتهن؛ لأن المرتهن يملك أولا بأداء الضمان، ثم ينتقل إلى الراهن، كما فى الوكيل بالشراء كان المرتهن اشتراه من المستحق، ثم باعه من الراهن.

وإنما كان كذلك لأن المرتهن غاصب فى حق المستحق، فإذا ضمن تملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان فى ملك واحد، ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل إليه من جهة، والمرتهن متعدّ بالقبض؛ لأنه به صار غاصبًا فيستند ملكه إليه، ثم الراهن يتلقاه منه، فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه، فتبين أنه رهن ملك غيره، فلا يكون المرتهن مستوفيًا بالهلاك.

بخلاف المسألة الأولى، وهى ما إذا ضمن المستحق الرهن ابتداء؛ لأنه يضمنه باعتبار

بحكم التخيير أي قيمة العبد المستحق الهالك
وضمن الراهن قيمته مات بالدين، وإن ضمن المرتهن، رجع
أي بما ضمن من قيمة العبد أيضًا
على الراهن بالقيمة وبدينه.

باب[1] التصرف فى الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره

رهنه
توقف[2] بيعُ الراهن على إجازة مرتهنه، أو قضاء دينه،
أي عتق الراهن العبد المرهون الرهن أي بدين المرتهن والراهن موسرًا
ونفذ[3] عتقه، وطولب[4] بدينه[5] لو[6] حالا، ولو[7] مؤجلا

القبض السابق على الرهن، فيستند الملك إليه، فيتبين أنه رهن ملكه نفسه، فيكون المرتهن مستوفيًا بهلاك. (التكملة)

(١) قوله: "باب" لما كان التصرف فى الرهن بعد ثبوت الرهن، وكذلك الجناية على الرهن، وجنايةِ الرهن على غيره، ذكره عقيب مسائل الرهن؛ لأن كل ترتيب يجب طبعًا يجب وضعًا للمناسبة. (الشلبى)

(٢) قوله: "توقف" فإن إجازه المرتهن نفذ، وينتقل حقه إلى البدل، وإلا ينفسخ البيع فى ظاهر الرواية على ما يجىء، وعند الثلاثة يبطل البيع، وعن أبى يوسف أنه ينفذ؛ لأنه تصرف فى ملكه، فصار كالإعتاق، والصحيح ظاهر الرواية؛ لأنه تعلق به حق المرتهن، فلا ينفذ إلا بإجازته، أو بقضاء الدين لزوال المانع.

ثم الشيخ رحمه الله سكت عن حكم الفسخ إذا لم يجيز المرتهن إشارة إلى أنه لا ينفسخ بفسخه، وقيل: له أن يجز، وله أن يفسخ، والصحيح أنه لا ينفسخ بفسخه؛ لأن الامتناع لحقه كى لا يتضرر، والتوقف لا يضره؛ لأن حقه فى الجنس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ، فبقى متوقفًا، ثم المشترى بالخيار، إن شاء صبر حتى فك الراهن الرهن، وإن شاء رفع الأمر إلى القاضى فيفسخه؛ لأن ولاية الفسخ للقاضى لا للمشترى والبائع، وهو الراهن. (العينى)

(٣) قوله: "ونفذ" وقال الشافعى فى قول له: إنه لا ينفذ كالبيع إن كان معسرًا، لنا أنه صدر من أهله واقعًا فى محله؛ لأنه ملكه، ولا يحتاج إلى التسليم، بخلاف الهبة للحاجة إلى التسليم ولا يقدر عليه. (الكشف)

(٤) قوله: "وطولب" أى إذا كان الدين حالا طولب الراهن بعد العتق بالدين، معناه إذا كان موسرًا؛ لأنه طولب بالرهن، كان له أن يأخذه بدينه إذا كان من جنس حقه، فيكون استيفاء وإيفاء، فلا فائدة فيه. (ز)

أي من الراهن / أي ولو كان الراهن معسرا / للمرتهن

أُخذ منه قيمة العبد، وجُعلت رهنًا مكانه، ومعسرا سعى العبد

أي بما سعى

فى الأقل[١] من قيمته ومن الدين، ويرجع به على سيده،

فيما مر / أي الرهن

وإتلاف[٢] الراهن كإعتاقه، وإن أتلفه أجنبيٌّ، فالمرتهن[٣]

(٥) لأنه لو طلب بالقيمة تقع المقاصة بقدر الدين، فلا فائدة فيه.

(٦) قوله: ولو" أي لو كان الدين مؤجلا يؤخذ من المعتق قيمة العبد، وتجعل رهنًا مكان العبد، يعنى إذا كان موسرًا؛ لأن سبب الضمان قد تحقق منه، وفى التضمين فائدة، وهى حصول الاستيثاق من الوجه الذى بيناه، فيحبسها إلى حلول الأجل، فإذا حل اقتضاه بحقه إذا كان من جنسه؛ لأن الغريم له أن يستوفى حقه من مال غريمه إذا ظفر بجنس حقه إن كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء، وإن كان أقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه. (الزيلعى)

(٧) قوله: "ولو" أى وإن كان الراهن معسرا سعى العبد المعتق فى الأقل من قيمته ومن الدين، أى إن كانت القيمة أقل سعى العبد فى القيمة، وإن كان الدين أقل من القيمة سعى فى الدين، وإنما يسعى لأنه لا يتمكن المرتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير، فيأخذ من المنتفع بالعتق، وهو العبد بمقدار ماليته، إذ ليس عليه أن يسعى فيما زاد على مقدارها، ويرجع العبد بما سعى على سيده إذا أيسر؛ لأنه قضاء بإلزام الشرع، ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه، بخلاف المستسعى فى إعتاق أحد الشريكين؛ لأنه يؤدى ضمانًا عليه؛ لأنه أن يسعى لتحصيل العتق عنده ومكملة عندهما.

وقال الشافعى: إنه ينفذ إن كان موسرًا لإمكان تضمينه؛ ولا ينفذ إن كان معسرًا. (المجمع)

(١) ينظر إلى قيمته يوم العتق وإليها يوم الرهن وإلى الدين، فيسعى فى أقل الثلاثة. (الكشف)

(٢) قوله: "وإتلاف" أى إذا أتلف الراهن الرهن بأن استهلكه، فحكمه إذا حكم ما إذا أعتق الراهن العبد المرهون حال كونه غنيًا، فإن كان الدين حالا أخذ منه، وإن كان مؤجلا أخذ قيمة الرهن، وجعلت رهنًا مكانه إلى حلول أجله؛ لأن الراهن رهن حق المرتهن من الوثيقة، ولا يمكن استدراك حقه إلا بجعل قيمة الرهن رهنًا مكانه. (عز)

(٣) قوله: "فالمرتهن" أى المرتهن هو الخصم فى تضمينه قيمته، ثم تكون القيمة رهنًا عنده؛ لأنه أحق بعين الرهن حال قيامه، فكذا فى استرداد ما تقام مقامه، والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه، بخلاف ضمانه على المرتهن، فإنه يعتبر قيمته يوم القبض، حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة، ويوم الارتهان ألفًا، غرم خمسمائة، وكانت رهنًا، وسقط من الدين خمسمائة؛ لأن المعتبر فى ضمان الرهن يومه قبضه؛ لأنه دخل فى ضمانه؛ لأنه قبض استيفاءً إلا أنه يتقرر عند الهلاك.

المرتهن الرهن أي قيمة الراهن.
يُضمّنه قيمته، فتكون رهنا عنده، وخرج[١] من ضمانه بإعارته
لفوات القبض المضمون
من راهنه، فلو هلك[٢] في يد الراهن يهلك مجّانًا، وبرجوعه[٣]
أي الراهن الراهن والمرتهن
عاد ضمانه، ولو أعاره[٤] أحدهما أجنبيًّا بإذن الآخر، سقط

ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته؛ لأنه أتلف مال الغير، وكانت رهنًا في يده حتى يحل الأجل؛ لأن الضمان بدل العين، فأخذ حكمه، ولو حل الدين مضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه، ورد الفضل على الراهن إن كان فيه فضل، وإن كان دينه أكثر من قيمته، رجع بالفضل، وإن نقصت القيمة بتراجع السعر إلى خمس مائة، وقد كانت قيمته يوم القبض ألفًا وجب بالاستهلاك خمس مائة، وسقط من الدين خمس مائة؛ لأن ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره تعتبر قيمة يوم القبض، فهو مضمون بالقبض السابق، لا بتراجع السعر، ووجب عليه الباقي بالإتلاف، وهو قيمته يوم التلف، كذا ذكر صاحب "الهداية".

وهو مشكل فإن النقصن يتراجع السعر إذا لم يكن مضمونًا عليه، فلا معتبرًا، فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالإتلاف، وكيف يكون ما انتقص كالهالك حتى سقط من الدين بقدره، وهو لم ينتقص إلا بتراجع السعر، وهو لا يعتبر، فوجب أن لا يسقط بمقابلته شيء من الدين. (ز)

(١) قوله: "خرج" أي لو أعار المرتهن الرهن ممن رهنه يخرج من ضمانه، فإن الضمان كان باعتبار قبضه، وقد انتقض بالرد إلى صاحبه، فلما ارتفع المقتضى لارتفع المقتضى، فلا يكون مضمونًا على صاحبه؛ لأن الاسترداد بإذنه.

فإن قلت: العارية الملك المنافع، والمرتهن لم يملك المنافع، فكيف يصح أن يقال: أعار المرتهن الراهن، قلت: المراد هنا فعل مثل الفعل بالعارية ظاهرًا، وليس المراد تحقق العارية حقيقة. (عز)

(٢) بعد ما قبض الرهن على الرهن بالإعارة.

(٣) قوله: "وبرجوعه [أي وبرجوع المرتهن الرهن من الراهن إلى يده عاد... إلخ]" أي برجوع الرهن إلى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان، وللمرتهن أن يسترده إلى يده؛ لأن عقد الرهن باقٍ إلا في حكم الضمان في هذه الحالة، ولهذ لو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به بين سائر غرماءه؛ لأن يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن؛ لأنه قد ينفك عنه، ألا ترى أن ولد الرهن رهن، وليس بمضمون. (الزيلعي)

(٤) قوله: "ولو" أي ولو أعار الرهن واحد من الراهن والمرتهن بإذن صاحبه إنسانًا غيرهما، وقبضه ذلك الآخر سقط ضمانه، فإن الضمان كان باعتبار قبضه، وقد انتقض. (عز)

من الراهن والمرتهن كما كان

الضمان، ولكل[١] أن يرده رهنا، وإن استعار ثوبا

الاستعارة المعير الذى أعار المستعير ثوبا مثلا ليرهنه أى جنس ما يرهنه له يرهن فيه

ليرهنه صح[٢]، ولو عين[٣] قدرا، أو جنسا، أو بلدا

المستعير والراهن والمعير أى الثوب المرهون

،فخالف ضمن المُعير المستعير، أو المرتهن، وإن وافق وهلك

كما هو حكم الرهن أى مثل الثوب الذى هلك

عند المرتهن صار[٤] مستوفيا[٥]، ووجب مثله للمعير على

---

(١) قوله: "ولكل" هى لكل واحد من الراهن والمرتهن أن يرده رهنًا كما كان قبل الإعارة؛ لأن لكل واحد منهما فيه حقًا محترمًا، إذ هو باق على الرهينة لبقاء عقد الرهن على ما بينا، بخلاف الإجارة والبيع والهبة من المرتهن، أو من أجنبى إذا باشر أحدهما بإذن الآخر حيث يخرج عن الرهن، ثم لا يعود إلا بعقد مبتدأ، ولو مات الراهن قبل أن يرهنه ثانيًا، كان المرتهن أسوة الغرماء؛ لأن الرهن تعلق به حق محترم لازم لهذه التصرفات، فيبطل به حكم الرهن، ولا كذلك العارية؛ لأنها لم يتعلق بها حق لازم (ز)

(٢) قوله: "صح" أى وصح استعارة شيء كالثوب مثلا ليرهن لأن المالك رضى بتعلق دين المستعير بماله، وهو يملك ذلك، كما يملك تعلقه بذمته بالكفالة، ولأن الراهن للاستيفاء، وللمالك أن يأذن للمستعير فى إيفاء دينه. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "ولو عين" أى لو عين المعير قدر ما رهنه به أو جنسه، أو البلد الذى يرهنه فيه جاز؛ لأن التقيد مفيدًا إما فى الحبس، فلأنه قد تيسر للمعير، أو للمستعير جنس دون آخر، وفى القدرة غرضه، ففى الزيادة ليتيسر أداءه، وكذا نفى النقصان ليصير مستوفيًا للأكثر عند الهلاك ليرجع عليه.

وأما البلاد فتختلف فى الحفظ، فلو خالف كان للمعير الخيار، إن شاء ضمن المستعير قيمته، وإن شاء ضمن المرتهن؛ لأن كل واحد منهما متعدّ فى حقه، فصار الراهن كالغاصب، والمرتهن كغاصب الغاصب. (عز)

(٤) قوله: "صار" لأن قبض الرهن قبض استيفاء، وبالهلاك يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن، ، ويضمن للمعتبر قيمته؛ لأنه قضى بذلك القدر دينه إن كان كله مضمونًا، ولا يضمن قدر المضمون، والباقى أمانة، وهذا ظاهر، وكذا لو نقصت قيمة الرهن بعيب أصابه يذهب من الدين بحسابه، ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا. (الزيلعى)

(٥) أى استوفيا دينه لو قيمته مثل الدين، أو أكثر، ولو أقل صار مستوفيًا بقدره، ويرجع بالفضل على الراهن.

ولو بغير رضا الراهن — عن دفع الرهن إلى المعير

المستعير، ولو افتكه[١] المعير لا يمتنـــع المرتهن إن قضى دينه،

أي جناية الرهن

وجناية[٢] الراهن والمرتـهن على الرهن مـضمـونة، وجنايتــه

يعني لا يوجب شيئًا — رجل — أي ألف درهم — درهم

عليهـما، وعلى مـالها هدر، وإن رهن عبـدًا يساوى ألفا بألف

بنقصان السعر — درهم — درهم

مؤجل فرجعت قيمته إلى مائة، فقتله رجلٌ وغرم مائةً، وحلّ

من القاتل — التي هي غرامة — أي الأجل القضاء — المرتهن

الأجل، فالمرتهن يقبض[٣] المائة قضاء من حقه، ولا يرجع على

(١) قوله: "ولو افتكه [أي خلص الرهن]" أى ولو أراد المعير افتكاك الرهن بقضاء دين المرتهن من عنده فله ذلك، وليس للمرتهن أن يمتنع من تسليم الرهن، بل يكون مجبورًا على الدفع؛ لأن قضاءه كقضاء الراهن فى استخلاص ملكه، يرجع المعير بما أدى على الراهن لكونه غير متبرّع فى القضاء؛ لأنه سعى فى استخلاص ماله. (المجمع)

(٢) قوله: "وجناية" الجناية فى باب الرهن على أقسام: إما أن تكون جناية الراهن على المرهون، أو جناية المرتهن عليه، أو تكون جناية المرهون على الراهن، أو على المرتهن، أو تكون جناية المرهون على مال الراهن أو المرتهن، فالأوليان مضمونتان، والبواقى هدر.

أما جناية الراهن، فلتعلق حق لازم محترم به، وتعلق مثله يجعل المالك كالأجنبى فى حق الضمان كتعلق حق الورث بمال المريض، والعبد الموصى يخدمه إذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقامه.

وأما جناية المرتهن فلأن العين ملك المالك، وقد تعدّى عليه، وأما جناية المرهون عليهما إن كانت موجبةً للقصاص فمعتبرة، وإن كانت موجبة للمال، فأما على الراهن فلأنها جناية المملوك على المالك، وهى هدر؛ لأنه لو جنى على غيره يجب على المولى من ماله، فلو اعتبرنا جناية عليه لزم الوجود له عليه، وهذا باطل، وأما على المرتهن فلأنا لو اعتبرناها ضمان تظهير عليه لحصولها فى ضمانه، فلا فائدة فى وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه، وقالا: جناية على المرتهن معتبرة، وأما الجناية على أموالها فظاهر مما قررناه (عز)

(٣) قوله: يقبض" أصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا، حتى كان له أن يطالب بجميع الدين عند رده ناقصًا بالسعر، خلافًا لزفر رحمه الله، هو أن يقول: أن المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين.

ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس، وذلك غير معتبر فى البيع إذا حصل فى المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشترى الخيار، ولا فى الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة، بخلاف نقصان العين؛ لأن بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء، إذ اليد يد الاستيفاء، وإذا لم يسقط شيء من الدين بنقصان السعر بقى مرهونًا بكل

من بقية الألف
الراهن بشيء.

أى بأمر الراهن، وكان رهنًا بألف المرتهن. التى هى الثمن.
ولو(١) باعه بمائة بأمره يقبض المائة قضاءً من حقه،

على الراهن العبد الراهن أي قيمة العبد القاتل درهم العبد أى بسبب قتله الرهن
ورجع بتسعمائة، وإن قتله(٢) عبد قيمته مائة، فدفع به افتكه

الدين، فإذا قتله حرم غرم قيمته يوم الإتلاف؛ لأن القيمة فى زمان الإتلاف تعتبر وقت الإتلاف؛ لأن الجابر بقدر الفائت، وأخذه المرتهن؛ لأنه بدل المالية فى حق المستحق، وإن كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر؛ لأن المولى استحقه بسبب المالية، وحق المرتهن متعلق بالمالية، فكذا فيما قامه مقامه، ثم لايرجع على الراهن بشيء؛ لأن يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء، وبالهلاك يتقرر، وقيمته كانت فى الابتداء ألفًا، فيصير مستوفيًا للكل من الابتداء.

أو نقول: لا يمكن أن يجعل مستوفيًا للألف بمائة؛ لأنه لا يؤدى إلى الربا، فيصير مستوفيًا لمائة، وبقى تسع مائة فى العين، فإذا هلكت يصير مستوفيًا تسع مائة بالهلاك، بخلاف ما إذا مات من غير قتل أحد؛ لأنه يصير مستوفيًا للكل بالعبد؛ لأنه لا يؤدى إلى الربا لاختلاف الجنس، بخلاف المسألة الأولى؛ لأنا لو جعلناه مستوفيًا للألف بمائة يؤدى إلى الربا، فجعلناه مستوفيًا لتسع مائة بالعبد الهلاك، وهو المقتول بالعبد والمائة بالمائة. (ز)

(١) قوله: "ولو" أى لو باع المرتهن العبد الذى يساوى ألفًا بمائة بأمر الراهن، ، وكان رهنًا بألف قبض المرتهن تلك المائة التى هى الثمن، قضاء لحقه، ورجع على الراهن بتسع مائة؛ لأنه لما بإذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه، وبقى الدين إلا بقدر ما استوفاه، فكذا هنا. (التكملة)

(٢) قوله: "وإن قتله" أى وإن قتل العبد الرهن الذى يساوى ألفًا قبل نزول السعر إلى مائة، أو بعد النزول عبدٌ هو يعدل مائة، فدُفع العبد الجانى مقام العبد المقتول بسبب قتله، افتكه الراهن بكل الدين، وهو الألف عند الشيخين، وقال محمد: هو بالخيار، إن شاء افتكه بجميع الدين، وإن شاء دفع العبد المدفوع إلى المرتهن بدينه، ولا شيء عليه غيره، وقال زفر: يصير رهنًا بمائة، وسقط من الدين بقدر الغاية.

قلنا: إن العبد الثانى قائم مقام الأول لحما ودما، ولو كان الأول قائمًا وانتقص السعر لا ينقص الدين، وهى على الخلاف، ولمحمد أن المرهون تغير فى ضمان المرتهن، فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب إذا كان قيمة كل واحد منهما عبدًا قيمته مائة، فإن كل واحد من المشترى والمغصوب بالخيار، إن شاء أخذ القاتل ولا شيء له غيره، وإن شاء فسخ المشترى البيع، ورجع المغصوب منه بقيمة العبد.

ولهما أن التغير لم يظهر فى نفس العبد لقيام الثانى مقام الأول لحمًا ودمًا، فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه، وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوى مائة، ثم قتل عبدًا يساوى مائة، فدفع به. (المجمع بتصرّف والتكملة)

هو الألف التام بإذن المرتهن

بكلّ الدين، وإن مات الراهن باع[١] وصيه الرهنَ، وقضى

أى نصب القاضى لأجله وصيًا ذلك الوصى

الدين، فإن لم يكن له وصى نصب[٢] له وصى وأمر ببيعه.

فصل[٣]

أحد عند أحد أى عصير عنب مثلا دراهم دراهم أى صار خمرًا أى صار خلا حالية

رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر، ثم تخلل وهو[٤]

دراهم أى العصير المذكور الذى صار خلا بعد أن صار خمرًا

يساوى عشرة فهو[٥] رهن بعشرة[٦]، وإن رهن[٧] شأة قيمتها

---

(١) قوله: "باع" لأن الوصى قائم مقام الموصى، ولو كان الموصى حيًا كان له أن يبيع الرهن، فكذا الوصية. (الزيلعى)

(٢) قوله: "نصب" لأن القاضى نصب ناظرًا للعاجز عن الناظر نفسه، وفى نصب الوصى نظر ليؤدى ما عليه ويستوفى ماله. (الكشف)

(٣) هذا الفصل كالمسائل المتفرقة التى تذكر فى أواخر الكتب.

(٤) الأولى حذفه؛ لأنه لو لم ينقص قدره، ولكنه نقصت قيمته لا يسقط من الدين شيء. (الطحطاوى ومحمد إعزاز على غفر له)

(٥) قوله: "فهو رهن" ولا يبطل عقد الرهن؛ لأن ما صلح محلا للبيع صلح الرهن، إذ المحلية بالمالية فيهما، والخمر لا يصلح لابتداء البيع، ويصلح لبقاءه، فإن من باع عصيرًا، فتخمر فى يد البائع، بقى البيع إلا أنه يخير لتغير وصفه، كما لو تعيب، فإذا صار خلا زال العارض قبل تقرره، فكأنه لم يكن. (الطحطاوى)

(٦) قوله: "بعشرة [دراهم]" هذا إذا لم ينتقص شيء من كيله بالتخمر، أما إذا انتقص شيء من كيله بالتخمر سقط من الدين بقدره. (الطحطاوى)

(٧) قوله: "وإن رهن" أحد عند أحد شاة تساوى عشرة بعشرة، فماتت بلا ذبح، فدبغ جلدها بما لا قيمة له، بأن تربه، أو شمسه والجلد يساوى درهمًا، فهو رهن بدرهم، قيد بكون القيمة والدين متساويين؛ لأنه لو كان قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضًا بعضه أمانة بحسابه - فتنبّه -.

وقيدنا قوله: ماتت بقولنا: بلا ذبح؛ لأنها إذا ماتت بالذبح تكون بتمامها مضمونة، وقيد الدباغة بما لا قيمة له، فإنه لو كان له قيمة ثبت للمرتهن حق حبس بما زاد دباغه. (عز)

دراهم
عشرةً بعشرة فماتت فدبغ جلدها، وهو يساوى درهمًا، فهو[١]
أى زيادة الرهن
رهن بدرهم، ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف
لأنه متولد من ملكه إذا هلك
للراهن، وهو رهن مع[٢] الأصل، ويهلك مجّانًا[٣]، وإن[٤] بقى
والولد أى بحصته من الدين أى قيمة النماء
وهلك الأصل فكّ بحظّه، فيقسم[٥] الدَّينُ على قيمته يوم

---

(١) قوله: "فهو" لأن الرهن يتضرر بالهلاك، وإذا أحيا بعض المحل يعود الحكم بقدره، بخلاف ما إذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض، فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض، والمنسوخ لا يعود صحيحًا، وأما الرهن فيتضرر بالهلاك. (الزيلعى)

(٢) قوله: "مع" لأنه تبع له، والرهن حق متأكد لازم، فيسرى إلى الولد، ألا ترى أن الراهن لا يملك إبطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسرى حكم الجناية إلى الولد، ولا يتبع أمه فيه؛ لأن الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بإبطاله بالفداء، بخلاف ولد المستأجرة والكفيلة، والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها؛ لأن المستأجر حقه فى المنفعة دون العين، وفى الكفالة الحق يثبت فى الذمة والولد لا يتولد من الذمة.

وفى الغصب السبب إثبات يد العادية بإزالة يد المحققة، وهو معدوم فى الولد، ولا يمكن إثباته فيه تبعًا؛ لأنه فعل حسى، والتبعية تجرى فى الأوصاف الشرعية، وفى الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة، وهى المنفعة، والولد غير صالح قبل الانفصال، فلا يكون تبعًا لهما بعده لا ينقلب موجبًا أيضًا بعد أن العقد غير موجب. (الزيلعى)

(٣) قوله: "مجّانًا" أى إذا هلك النماء يهلك مجانًا بغير شيء لا قسط لهما ما يتقابل بالأصل؛ لأنها لم تدخل تحت العقد مقصودًا. (التكملة)

(٤) قوله: "وإن" أى إذا هلك الرهن، وبقى النماء يفك الولد بحصة من الدين؛ لأنه صار مقصودًا بالفكاك والتبع إذا صار مقصودًا يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن، ثم إذا صار مقصودًا بالقبض صار له حصة، حتى لو هلكت الأم قبل القبض، وبقى الولد، كان للمشترى أن يأخذه بحصته من الثمن، ولو هلك قبل القبض، لا يسقط شيء من الثمن. (الزيلعى)

(٥) قوله: "فيقسم" صورته رجل رهن شاة بتسعة درهم، وقيمتها عشر يوم القبض، ثم ولدت ولدًا قيمتها خمسة دراهم يوم الفك، فصارت قيمتها خمسة عشر، ثم هلكت الشاة، وبقى الولد. (عز)

فالدين يقسم على قيمتهما أثلاثًا يصيب ثلث الدين للأم، وهو ستة تسقط ويصيب ثلثه للولد، وهو ثلثه؛ لأن قيمتهما أثلاث، فيلزم الراهن أن يدفع الثلث، ثم يأخذ الولد.

الفكاك، وقيمة الأصل يوم القبض، فسقط من الدين حصّة الأصل، وفُكّ النماء بحصته، ويصح[1] الزيادة فى الرهن لا فى الدين، وإن رهن[2] عبدًا بألفٍ، فدفع عبدًا آخر رهنًا مكان

أى لا تصح الزيادة فى الدين

(الطحطاوى)

(١) قوله: "يصح" معناه لا يصير الرهن رهنًا بالدين، وصورة الزياد فى الرهن، وهو أن يزيد رهنًا على الرهن الأول، فيكونان رهنًا بالدين الأول، وأما صورة الزيادة فى الدين فهو أن يزيد دينًا على الأول على أن يكون الرهن الأول رهنًا بالدينين، وهو غير جائز.

وقال أبو يوسف رحمه الله: تجوز الزيادة فى الدين أيضًا؛ لأنه يؤدى إلى الشيوع؛ لأنه لابد للرهن الثانى من أن يكون له حصة من الدين يخرج الرهن الأول بقدره من أن يكون رهنًا أو مضمونًا، وذلك شائع والشيوع مفسد للرهن، ولأبى يوسف رحمه الله أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن، فتجوز الزيادة فيهما، كما فى البيع، والجامع بينهما الالتحاق بأصل العقد للحاجة، وإمكان الإلحاق فيهما كما فى البيع.

ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن؛ لأن الزيادة فى الدين تثبت فيه ضمان الدين الثانى، فيكون بعض الرهن مضمونًا به، وبعض مضمونًا بالدين الأول، وذلك البعض مشاع، فلا يجوز، بخلاف الزيادة فى الرهن؛ لأنها توجب تحول البعض الدين إلى الرهن الثانى؛ لأن الدين ينقسم عليهما، فصار الشيوع فى الدين لا فى الرهن، وذلك غير مانع صحة الرهن، ألا ترى أنه لو رهن شيئًا بخمسمائة من ألف درهم عليه جاز، ولو كان الشيوع فى الدين يمنع لما جاز والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين يمنع؛ لأنه غير معقود عليه، ولا هو معقود، بل وجوده سابق على الرهن، ولهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن، والزيادة تكون فى المعقود عليه كالمبيع، أو فى المعقود به كالثمن، لا فى غيره؛ لأنه ليس بأحد البدلين، والزيادة تختص بهما.

ثم المراد بقولهم: إن الزيادة فى الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهنًا بالزيادة، وأما نفس زيادة الدين فصحيحة؛ لأن الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الأول جائز إجماعًا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن رهن" أى وإن رهن عبدًا يعدل ألفًا بألف، فدفع مكانه عبدًا يعدلها، أى الألف، فالأول رهن كما كان، حتى يردد المرتهن إلى راهنه، والمرتهن أمين فى العبد الثانى، يجعله مكان الأول برد الأول على الراهن، فحينئذ يصير الثانى مضمونًا؛ لأن الأول دخل فى ضمانه بالقبض والدين، وهما باقيان، فلا يخرج عن الضمان إلا بنقض القبض ما دام الدين باقيا، إذا بقى الأول فى ضمانه، لا يدخل الثانى فى ضمانه؛ لأنهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما، فإذا زاد الأول دخل الثانى فى ضمانه، ثم قيل يشترط تجديد القبض، وقيل: لا يشترط. (المجمع بحذف)

قيد اتفاقي من العبدين. أى فالعبد الأول فلو هلك قبل الرد يضمن المرتهن

الأول، وقيمة كل ألف، فالأول رهن حتى يرده إلى الراهن،

العبد الأول

والمرتهن فى الآخر أمين حتى يجعله مكان الأول.

كتاب[1] الجنايات[2]

مبتدأ / تفسير العمد / تقصيد / أى ضرب إنسان / مثل السيف والسكين

موجب القتل عمداً وهو[3] ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه

متعلق بنحوه / نحو المروة / بكسر اللام وهى قشر القصب اللاحق به

فى تفريق الأجزاء، كالمحدد من الخشب والحجر والليطة والنار

خبر / عن القاتل / أى لا تجب الكفارة بقتل العمد

الإثم[4] والقود عيناً[5] إلا أن يعفى[6] لا[7] الكفارة وشبهه[8]،

(١) قوله: "كتاب" مناسبته أن الرهن لصيانة المال، وحكم الجناية الأنفس والمال وسيلة للنفس فقدم، ثم الجناية، لغةً: اسم لما يكتسب من الشر.

وشرعًا اسم لفعل محرم حل بمال أو نفس، والمراد بها المصطلح فى هذا الكتاب، فلا يرد ما أورده عليه من عدم كون الحد جامعًا، فإن جنايات الحج لم تتعلق بنفس الآدمى، ولا طرفه مع أنهم يطلقون عليها الجناية. (عز)

وخص الفقهاء الغصب والسرقة بما حل بمال، والجناية بنفس وأطراف. (الدرّ)

(٢) الجناية على النفس تسمى قتلا، وعلى ما دون النفس تسمى قطعًا وجرحًا، والقتل فعل يضاف إلى العبد تزول به الحياة زوال الحياة بدون فعل العبد يسمى موتًا. (ط)

(٣) الجملة معترضة بين المبتدأ والخبر.

(٤) قوله: "إثم" أى القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الإثم والقصاص متعينًا، أما اشتراط العمدية فلأن الجناية لا تتحقق دونها، ولا بد منها ليترتب عليها العقوبة؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «رفع عن أمتى الخطأ والنسيان» الحديث، وأما اشتراط السلاح أو ما جرى مجرى السلاح، فإن العمد هو القصد، وهو فعل القلب لا يوقف على، إذ هو أمر مبطن، فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالبًا مقامه، تيسرًا، كما أقيم السفر مقام المشقة، والآلة القاتلة غالبًا هى المحددة؛ لأنها وهى المعدة للقتل، وما ليس له حد فليس بمعد له حتى لو ضربه بحجر كبير أو خشبة كبيرة لا يجب القصاص عند أبى حنيفة رحمه الله.

وأما وجوب المأثم فلقوله تعالى: ﴿وَمَن يَقْتُلْ مُؤْمِنًا مُتَعَمِّدًا فَجَزَاؤُهُ جَهَنَّمُ خَالِدًا فِيهَا. . .﴾ إلخ، وأما وجوب القصاص فلقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى﴾. (الزيلعى ملخّصًا)

(٥) قوله: "عينًا" وهى منصوب على الحال من القوة، أى حال كونه متعينًا خلافًا للشافعى، فإنه قال: لا يتعين القصاص بل الولى مخير بينه وبين أخذ الدية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: من قتل قتيل فهو بخير النظرين، إما أن يقتل وإما أن يؤدى.

ولنا قوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمُ الْقِصَاصُ فِي الْقَتْلَى. . .﴾ إلخ، والمراد به القتل العمد،

أى شبه العمد — أى ضرب إنسان
وهو أن يتعمّد ضربه بغير ما ذُكر الإثم[1]
بالرفع أيضًا عطف على الإثم — عطف على ما قبله — سيأتى الكلام فى التغليظ
والكفارة ودية مغلظة على

وما أورده من الحديث فعلى تقدير صحته لا تجوز به الزيادة على النص؛ لأنه نسخ وإلى ذلك أشار ابن عباس رضى الله عنهما بقوله: العمد قود لا مال فيه. (المجمع بتغيير)

(٦) قوله: "يعفى [لأن الحق لأولياء المقتول فى العمد]" على صيغة المجهول، أى إلا أن يعفو ولى القصاص أو يصالحه على شىء من ماله، والعفو أفضل. (المجمع بحذف)

(٧) قوله: "لا" أى ولا كفارة فيه؛ لأنها فيما كان دائرًا بين الحظر والإباحة والعقل كبيرة محضة لا يليق أن تكون الكفارة ساترة له لوجو معنى العبادة فيها، ولقوله عليه الصلاة والسلام: «خمس من الكبائر كفارة فيهن»، منها قتل النفس بعمد، وعند الشافعى عليه الكفارة، كما فى الخطأ مراعاة لحق الله تعالى فى العبد. (المجمع)

(٨) قوله: "وشبهه" بالرفع عطف على قوله: موجب القتل، والمضاف فيه محذوف، والتقدير: وموجب شبه القتل عمدًا، فلما حذف المضاف أقيم هو مقامه، وارتفاعه فى الحقيقة بالابتداء، وخبره قوله: الإثم على ما يأتى، وهذا هو القسم الثانى من أنواع القتل؛ لأنه على خمسة أوجه: عمد، وشبه عمد، وخطأ، وما جرى مجرى الخطأ، والقتل بسبب، وقسمه محمد، والأصل على ثلاث أوجه، عمد وشبه عمد وخطأ. (ع)

(١) قوله: "الإثم [خبر لقوله: وشبهه وما بينهما معترض أى وموجب شبهة القتل عمدًا الإثم]" أى موجب القتل شبه العمد الإثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة، ولا يوجب القصاص، وقوله: وهو أن يتعمد ضربه بغير ما ذكر فى العمد، والذى ذكر فى العمد هو الحد وغيره هو الذى لا حد له من الآلة، كالحجر والعصا، وكل شىء ليس له حد يفرق الأجزاء، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى: لو ضربه بحجر عظيم، أو خشبة عظيمة، فهو عمد، وشبهة أن يتعمد ضربه بما لا يقتل غالبًا، وقال مالك: لا أدرى ما شبه العمد، وإنما القتل الخطأ والعمد.

لنا قوله عليه الصلاة والسلام: «قتيل خطأ عمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الإبل»، رواه ابن أبى شيبة فى الديات من "مصنفه"، وتخصيص العصا بالصغيرة إبطال لإطلاقها؛ ولأن الآلة أى العصا، صغيرة كانت أو كبيرة غير موضوعة للقتل، ولا يستعمله فيه، إذ لا يمكن استعمالها على غرة من المقصود قتله، وبه يحصل القتل غالبًا، فقصر العمد نظرًا إلى الآلة. (الزيلعى والكشف)

إجماع الصحابة على ذلك
العاقلـــــة لا(١) القود.

والخطأ(٢) وهو أن يرمى شخصًا ظنه صيدًا، أو حربيًا، فإذا
وهذا إن أخطأ فى القصد أى هدفًا وهذا خطأ فى الفعل
هو مسلم، أو غرضا فأصاب آدميا، وما جرى مجراه(٣)، كنائم

(١) قوله: لا [أى ليس موجبه شبه القتل العمد القود أى القصاص]. . . إلخ" للحديث المذكور، وأما ما روى أنه ﷺ رضّ رأس يهودى بين حجرين حين رضّ رأس صبية بين حجرين، فلأنه كان ساعيًا فى الأرض بالفساد، لما روى أنه إنما رض رأسها ليأخذ ما عليها من المحلى، فقد صار قاطع الطريق. (الكشف)

(٢) قوله: "والخطأ [بالرفع مبتدأ عطف على ما عطف عليه شبهة، والتقدير وموجب القتل الخطأ وهو القسم الثالث من أنواع القتل]" تفسير لنفس الخطأ، فإنه على نوعين: خطأ فى القصد، وخطأ فى الفعل، وقد بين النوعين بقوله: وهو أن يرمى شخصًا، ظنه صيدًا، أو حربيًا، فإذا هو مسلم، تفسير للخطأ فى القصد؛ لأنه لم يخطئ فى الفعل حيث أصاب ما قصد رميه، وإنما أخطأ فى القصد، أى فى ظن حيث ظن الحربى مسلمًا، والآدمى صيدًا.

قوله: أو غرضًا فأصاب آدميًا، أى ورمى غرضًا، فأصاب آدميًا، وهذا بيان للخطأ فى الفعل دون القصد، فيكون معذورًا إذا اختلف الحل، بخلاف ما لو تعمد بالضرب موضعًا من جسده، فأصاب موضعًا آخر منه، حيث يجب القصاص؛ لأن المحل لم يختلف لوجود قصد الفعل منه، والقتل أو جميع البدن منه محل واحد فيما يرجع إلى مقصوده، فلا يعذر.

وإنما صار الخطأ نوعين؛ لأن الإنسان يتصرف بفعل القلب والجوارح، فيحتمل كل واحد منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر.

أو على الاجتماع بأن رمى آدميًا يظنه صيدًا، فأصاب غيره من الناس، وقوله: كنائم انقلب على رجل بيان لما جرى مجرى الخطأ؛ لأن هذا ليس بخطأ حقيقة لعدم قصد النائم إلى شىء حتى يصير مخطئًا لمقصوده، ولما وجد فعله حقيقة عليه ما أتلفه، كفعل الطفل، فجعل كالخطأ؛ لأنه معذور كالمخطئ.

وإنما كان حكم المخطئ ما ذكره لقوله تعالى فيه: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾، وقد قضى بها عمر رضى الله عنه فى ثلاث سنين بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير، فصار إجماعًا، وقدر الدية وصفتها، وما يجوز عتقه عن الكفارة وما لا يجوز نذكره فى الديات -إن شاء الله تعالى-.

وبهذا النوع من القتل يأثم اسم القتل، وإنما يأثم اسم ترك التحرز والمبالغة فى التثبت لأن الأفعال المباحة لا تجوز مباشرتها إلا بشرط أن لا يؤذى أحد، فإذا أذى أحدًا، فقد تحقق ترك التحرز فيأثم، ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك؛ لأنها ستارة، ولا ستر بدون الإثم. (الزيلعى)

(٣) هو القسم الرابع من أنواع القتل وهو عطف على قوله، والخطأ والتقدير وموجب ما

خبر المبتدأ
انقلب على رجل فقتله الكفارة[١]، والدية على العاقلة، و[٢]

خبر المبتدأ
القتل[٣] بسبب كحافر البئر، وواضع الحجر في غير ملكه الدية

أي لا تجب فيه الكفارة — أي كل من أنواع القتل المذكورة — عن المقتول
على العاقلة لا الكفارة، والكل[٤] يوجب حرمان الإرث إلا

أي القتل بسبب — من الأطراف
هذا، وشبه[٥] العمد في النفس عمدٌ فيما سواها.

جرى.

(١) بالرفع خبر للمبتدأ أعني قوله: والخطأ وما عطف عليه وهو قوله: وما جرى مجراه، والتقدير: وموجب القتل الخطأ وموجب ما جرى مجرى الخطأ الكفارة. (العيني)

(٢) بالرفع أيضًا مبتدأ معطوف، والتقدير: وموجب القتل بسبب وهو القسم الخامس من أنواع القتل. (العيني)

(٣) قوله: "والقتل" أي موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة، أما وجوب الدية به فلأنه سبب التلف، وهو متعدّ فيه بالحضر، فجعل كالدافع للملقى فيه، فتجب فيه الدية صيانة للأنفس، فتكون على العاقلة؛ لأن القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطأ، فيكون معذورًا، فتجب على العاقلة تخفيفا عنه، كما في الخطأ، بل أولى، لعدم القتل منه مباشرة، ولهذا لا تجب الكفارة فيه. (الزيلعي)

(٤) قوله: "والكل" أي كل نوع من أنواع القتل الذي تقدم ذكره من عمد وشبه عمد أو خطأ يوجب حرمان الإرث إلا القتل بسبب، فإنه لا يوجب ذلك، كما لا يوجب الكفارة. (الزيلعي)

(٥) قوله: "وشبه العمد" يعني إذا جرح عضوًا بآلة جارحة وجب فيه القصاص إن كان مما يراعى فيه المماثلة، وليس في ما دون النفس شبه العمد، كما كان في النفس؛ لأن إتلاف النفس يختلف باختلاف الآلة، وما دون النفس ليس كذلك؛ لما روى عن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه أن عمة الربيع لطمت جارية، فكسرت ثنيتها، فطلبوا منهم العفو، فأبوا والأرش، فأبوا إلا القصاص، فاختصموا إلى رسول الله عليه الصلاة والسلام، فأمر بالقصاص، فقال أنس: من بين نفر تكسر ثنية عمة الربيع: والذي بعثك نبيًا بالحق لا تكسر ثنيتها، فقال رسول الله عليه الصلاة والسلام: «يا أنس كتاب الله القصاص فرضي القوم وعفوا وطلبوا الأرش»، فقال عليه الصلاة والسلام: «إن من عباد الله من لو أقسم على الله لأبرّ».

ووجه دلالته على ما نحن فيه أن اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص، ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبت بحكمه عليه الصلاة والسلام، فقلنا: إنه ما كان في النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها، ولا يتصور أن يكون فيه شبه عمد. (المجمع بتصرّف)

باب[١] ما يوجب القصاص وما لا يوجب

أى بسبب قتل كل معصوم الدم

يجب[٢] القصاص بقتل كل محقون الدّم على التأبيد عمداً[٣]، ويقتل الحر بالحر وبالعبد[٤]، والمسلم بالذمى[٥]، ولا

أى ويقتل أى ويقتل

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان أقسام القتل، وكان من جملتها العمد، وهو قد يوجب القصاص، وقد لا يوجب، احتاج إلى تفصيل ذلك فى باب على حدة، فقال: يجب... إلخ. (المجمع)

(٢) قوله: "يجب" ههنا أمور: الأول: أن معنى الوجوب ثبوت الاستيفاء، فلا يرد أن العفو مندوب إليه، فينافي الوجوب، والثانى: أن معنى كونه محقون الدم مصان الدم، فإن الحقن هو المنع يقال حقن دمه، أى منعه من أن يسفك، والحقن أيضًا الحفظ.

والثالث: أن المراد به كونه محقونًا بحقن كامل فلا قصاص بقتل من أسلم فى دار الحرب، ولم يهاجر فهو، وإن كان معصوم الدم على التأبيد، فلا يطالب قاتله بالقود لعدم كمال الحقن.

فإن قلت: لو قتل القاتل عمدًا أجنبى عن المقتول، فإنه يقتص منه للقاتل، والقاتل ليس بمحقون الدم؟ قلت: المراد به كونه محقون الدم بالنظر إلى قاتله، فمقتول الأجنبى وإن كان غير محقون الدم بالنظر إلى من قتله، فمحقون الدم بالنظر إلى الأجنبى، واحترز به عن مباح الدم كالزانى المحصن.

والرابع: أن المراد بقولنا: على التأبيد ما هو بحسب الأصل، فلا يرد عليه ما أورد من أن حقن الدم على التأبيد غير متصور؛ لأن غاية ما يتصور منه أن يكون المسلم فى دار الإسلام، وهو يزول بالارتداد، فإن الأصل فى المسلم أن يرتد، ولا يشكل عليه أيضًا لو قتل المسلم ابنه المسلم عمدًا بحيث لا يجب القصاص على الأب مع دخوله فى هذا الحد؛ لأن ذلك من العوارض، فلا يدخل تحت القواعد؛ لأن القصاص هناك كان واجبًا فى الأصل، ثم انقلب ما لا يكون الأبوة شبهة فى درء القصاص، فإن الابن شهيد بهذا القتل، وإن وجب المال.

نعم يرد عليه ما لو قتل عبدًا لوقف عمدًا، فإنه لا يجب القود، كما فى "الدرر" و "الجوهرة"، ويمكن أن يجاب: أن الموجب الأصلى هو القصاص، وينقلب مالا لعارض مراعاة نفع الوقف.

وقوله: على التأبيد، احتراز عن دم المستأمن، فإنه وإن كان محقون الدم، لكن لا على التأبيد، فهو محقون الدم فى دارنا، أما إذا رجع إلى داره صار مباح الدم.

قال فى "التبيين": وإنما شرط أن يكون محقون الدم على التأبيد لتنتفى شبهة الإباحة عنه؛ لأن القصاص نهاية فى العقوبة، فتستدعى الكمال فى الجناية، فلا يجب مع الشبهة. (محمد إعزاز على)

(٣) حال من القتل، قيّد به لأن في غير العمد لا يجب القصاص.

(٤) قوله: "بالعبد" وقال مالك والشافعي وأحمد رحمه الله: لا يقتل الحر بالعبد، بل يضمن قيمته؛ لقوله تعالى: ﴿اَلْحُرُّ بِالْحُرِّ وَالْعَبْدُ بِالْعَبْدِ﴾ قابل الجنس بالجنس، ومن ضرورة ذلك أن لا يقتل الحر بالعبد، ولأن القصاص يعتمد المساواة، ولا مساواة بينهما، إذ الحر مالك، والعبد مملوك، والمالكية أمارة القدرة، والمملوكية أمارة العجز.

ولنا عموم قوله تعالى: ﴿وَكَتَبْنَا عَلَيْهِمْ فِيهَا أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ﴾، وما أخرجه أصحاب الكتب الستة عن مسروق عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ: «لا يحل دم امرئ يشهد أن لا إله إلا الله وأني رسول الله إلا بإحدى ثلاث الثيب الزاني والنفس بالنفس والتارك لدينه المفارق للجماعة»، ومقابلة الحر بالعبد، إذ ليس فيه إلا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة بينة، وذلك لا يوجب تخصيص ما بقي، ومحله أن النص تخصيص بالذكر، وهو لا ينفي ما عداه، ألا ترى أنه قابل الأنثى بالأنثى، ولا يمنع ذلك مقابلة الذكر بالأنثى، فكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد إجماعًا، وهما مستويان في العصمة، وهي بالدين عندهم، وبالداء عندنا.

وفائدة هذه المقابلة قول ابن عباس كانت المقابلة بين بني النضير وبني قريظة، وإن كان بنو النضير أشرف، وكانوا يعدون على النصف منهم تواضعوا على أن العبد من بني النضير بمقابلة الحر في بني قريظة، والأنثى منهم بمقابلة الأنثى من بني قريظة، فنزلت الآية ردّا عليهم، وبيانًا أن الحر بمقابلة الحر، والعبد بمقابلة العبد، والأنثى بمقابلة الأنثى من القبيلتين جميعًا، فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس. (شرح النقاية بحذف)

(٥) قوله: "وبالذمي" وقال الشافعي رحمه الله: لا يقتل المسلم بالذمي، وهو قول عطاء والحسن البصري، وفي "المبسوط": أن الخلاف فيما إذا كان القاتل حال القتل مسلمًا، أما لو كان حال القتل ذميًا، ثم أسلم، فإنه يقتص منه بالإجماع.

لهم ما أخرج البخاري في كتاب العلم، وفي موضعين من كتاب الديات عن أبي جحيفة قال: سألت عليا هل عندكم شيء ما ليس في القرآن؟ فقال: العقل، أي الدية وفكاك الأسير وأن لا يقتل مسلم بكافر.

ولأنه لا مساواة بين المسلم والكافر وقت الجناية لقوله تعالى: ﴿لا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾، والقصاص مبني على المساواة، وبين الكفر مبيح للدم وهو وقت عقد الذمة موجود، فأورثت شبهة وارثة للقصاص.

ولنا عمومات الكتاب والسنة، منها ما روى بسنده عن أبي الجبوب الأسدي قال: أتى على عليّ بن أبي طالب برجل من المسلمين قتل رجلا من أهل الذمة، فقامت عليه البينة فأمر بقتله، فجاء أخوه، فقال: قد عفوت، فقل: لعلهم هددوك أو فزعوك، قال: لا، ولكن قتله لا يرد على أخي، وعوضوا لي، قال: أنت أعرف من كان ذمتنا فدمه كدمنا، وديته كديتنا، وفي الباب آثار أخر كثيرة. (عز)

وأما قوله عليه الصلاة والسلام: «لايقتل مؤمن بكافر»، فالمراد بالكافر الحربي بدليل قوله:

أي يقتل — أي ويقتل

يقتلان بالمستأمن(١)، والرجل(٢) بالمرأة، والكبير(٣) بالصغير،

أي ويقتل — أي ويقتل بالزمن — أي ويقتل أيضًا بناقص

والصحيح بالأعمى(٤) وبالزمن(٥)، وبناقص الأطراف(٦)،

أي ويقتل الولد بالوالد لعموم النص ولعدم المسقط

وبالمجنون(٧) والولد(٨) بالوالد، ولا(٩) يقتل الرجل بالولد،

ولأنه ذو عهد بكافر، وإنما لا يقتل ذو العهد بالكافر الحربي ولو كان المراد به الذمي لما صح جريان القصاص بين الذميين، فإن قيل جاز أن يراد بهذه العهد المسلم، قلنا: العطف يقتضي المغايرة.

فإن قيل: هذا ابتداء أي لا يقتل ذو عهد في مدة عهده، قلنا: المراد بالأول نفي القتل قصاصًا، لا نفي مطلق القتل إذ الثاني تحقيقًا للعطف، ثم القصاص مبني المساواة في أصل العصمة، والمسلم والذمي في ذلك سواء؛ لأنهم إنما بذلوا الجزية ليكون دماءهم كدمائنا، والكفر ليس بمبيح للقتل بنفسه، بل بواسطة الحرابة، وقد سقطت بعقد الذمة، صار من أهل دارنا، ولهذا كان كفر المرأة غير مبيح لقتلها؛ لأنه غير باعث على الحرابة. (شرح النقاية بحذف)

(١) لأنه غير محقون الدم على التأبيد، وكذا كفره باعث على الحراب؛ لأنه باعث على قصد الرجوع، ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسًا لوجود المساواة بينهما، ولا يقتل استحسانًا لوجود المبيح.

(٢) قوله: "والرجل [هو معطوف على ما تقدم من قوله: ويقتل الحر بالحر . . . إلخ، لا على ما يليه من قوله: ولا يقتلان بمستأمن. الزيلعي]" إلى قوله: بالمجنون أي يقتل هؤلاء بهؤلاء العمومات؛ ولأن في اعتبر التفاوت في ما وراء العصمة امتناع القصاص، وظهور التقاتل والتفاني. (الكشف)

(٣) بأن كان القاتل بالغًا، والمقتول دون البلوغ. (شرح النقاية)

(٤) بأن كان القاتل صحيحًا، والمقتول أعمى. (شرح النقاية)

(٥) بأن كان القاتل صحيحًا، والمقتول زمنًا. (شرح النقاية)

(٦) بأن كان القاتل كامل الأطراف، والمقتول ناقصها. (شرح النقاية)

(٧) بأن كان القاتل عاقلا، والمقتول مجنون. (شرح النقاية)

(٨) أي يقاد بالوالد من الولد؛ لأن الحجة ماسّة إلى شرع الزاجر في حقه؛ إذ ربما يحمله على قتل والده الأطماح الفاسدة، وهو قول أكثر أهل العلم. (شرح النقاية)

(٩) قوله: "ولا" ومذهب مالك لا يقاد من الوالد بولده إن قتله على وجه يثبت فيه الشبهة، كما لو خوفه بسيف أو نحوه فقتله، ثم ادعى أنه لم يرد قتله، بل أراد تأديبه، وأما لو أصحب ذبحه، أو شق جوفه، أو حزيده فقطعها، أو وضع إصبعه في عينه، ففقأها، فإنه يقاد منه؛ لأن القصاص يسقط بالشبهة، وفي غير ذلك ونحوه الشبهة قائمة، لنا قوله عليه الصلاة

أى ولا يقتل الرجل أيضًا بعبده
والأمُّ والجد والجدة كالأب[١]، وبعبده[٢] وبمدبره

الإبراء
وبمكاتبه، وبعبد ولده، وبعبد ملك بعضه، وإن ورث قصاصًا

القصاص
على أبيه سقط[٣]، وإنما يُقتصّ بالسيف[٤].

على صيغة المجهول أى قتله شخص حالية أى ليس له وارث غير المولى
مكاتب[٥] قتل عمدًا، وترك وفاءً ووارثُه سيده فقط، أو

والسلام: «لا يقاد الوالد بولده»، أخرجه الترمذى وابن ماجه.

قال الإمام البزدوى: هذا حديث مشهور، تلقته الأمة بالقبول، فصلح مخصّصًا للكتاب، وأيضًا الكتاب مخصوص بالإجماع، فإن المولى لا يقتص بعبده؛ ولأنه سبب لإحياءه فمن المحال أن يستحق له فناءه، إن قيل: إن التعليل إنما يستقيم لو كان المستحق هو الابن المقتول، وليس كذلك، بل المستحق هو وارث الولد المقتول.

يجاب بأن القصاص يستحقه المجروح، ثم يخلفه وارثه، ولذا يصح عفو المجروح، وطولب بالفرق بين هذا وبين من زنى بابنته وهو محصن، فإنه يرجم، أجيب بأن الرجم حق الله على الخصوص، بخلاف القصاص لا يقال: فيجب أن يحد إذا زنى بجارية ابنه؛ لأنا نقول: ثبت له حق الملك بقوله عليه الصلاة والسلام: «أنت ومالك لأبيك». (الكشف وحاشيته بتصرّف والتكملة وشرح النقاية)

(١) قوله: "كالأب" وسواء كانوا من جهة الأب أو من جهة الأم؛ لأنه جزءهم، فالنص الوارد فى الأب يكون واردًا فيهم دلالة، فكانت الشبهة شاملة للجميع فى جميع صور القتل. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وبعبده" إلى قوله: ملك بعضها، أى لا يقتل الرجل بهؤلاء؛ لأنه لو وجب القصاص لوجب له، كما إذا قتله غيره، ولا يجب له على نفسه عقوبة، وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه على ما بينا، والقصاص لا يتجزأ، فإذا سقط فى البعض لأجل أنه ملك البعض سقط فى الكل لعدم التجزئ. (الزيلعى بزيادة)

(٣) قوله: "سقط" لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه، وصورة المسألة فيما إذا قتل الأب أخا امرأة، ثم ماتت امرأة قبل أن يقتص به، فإن ابنه يرث القصاص الذى لها على أبيه يسقط، كما ذكرنا إذا قتل امرأة، وليس لها ابن إلا ابنهما منه، فيسقط القصاص. (التكملة)

(٤) قوله: "بالسيف" وقال الشافعى: يفعل به مثل ما فعل إن كان مشروعًا، وبه قال مالك وأحمد وأصحاب الظاهر، وإن كان فعلا غير مشروع، بأن لاط بصغير، أو وطئ صغيرة حتى قتلها، أو سقاه خمرًا، حتى مات اختلف أصحابه، فقيل تجز رقبته، وقيل: فى اللواطة يتخذ له آلة مثل الذكر، فيفعل به مثل ما فعل وفى الخمر يسقى الماء حتى يموت، ولو فعل به مثل ما فعل،

فلم يمت، ففيه قولان: أحدهما: أن يكرر ذلك الفعل عليه حتى يموت، وبه قال مالك.

وثانيهما: أن يعدل إلى السيف احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُم فَعَاقِبُوا بِمِثْلِ مَا عُوقِبْتُم بِهِ﴾، وقوله تعالى: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾، وبما في "الصحيحين": عن أنس أن جارية من الأنصار قتلها رجل من اليهود على حلى لها رضّ رأسها بين حجرين، فسألها من صنع بك هذا فلان فلان حتى ذكروا لها يهوديًا، فأومأت برأسها، فأخذ اليهودى فأقر فأمر رسول الله ﷺ بهذ رأسه بالحجارة.

ولنا ما أخرجه ابن ماجه فى سننه من أبى بكر عن النبى ﷺ، وأخرجه أيضًا فيها عن النعمان بن بشير عن النبى ﷺ أنه قال: «لا قود إلا بالسيف»، وليس معناه لا قود يجب إلا بالسيف؛ لأن القود يجب بغير السيف إجماعًا.

وأما قوله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُمْ﴾، فروى الطحاوى عن ابن عباس وأبى هريرة أن النبى ﷺ قال: «لما قتل حمزة ومثل به لئن ظفرت بهم لأمثلن سبعين رجلا منهم»، وفى رواية: «والله لأمثل سبعين رجلا منهم»، فأنزل الله تعالى: ﴿وَإِنْ عَاقَبْتُم﴾، فصبر رسول الله ﷺ وكفر عن يمينه، وقوله: ﴿فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾ يدل على المماثلة فيما قالوه زيادة عليها.

وأما حديث اليهوى فما فعله ﷺ به كان على طريق السياسة؛ لأن اليهودى كان مشهوراً بذلك، فأمر عليه السلام برضخه لك من ساعيًا فى الأرض بالفساد لا بطريق القصاص يدل عليه ما روى مسلم: «أنه عليه السلام أمر برجم اليهودى حتى مات»، والرجم يصيب الرأس وغيره. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "مكاتب" هنا مسألتان حكمهما والاقتصاص عند الشيخين، وعند محمد الاقتصاص فى الثانية عدمه فى الأولى، أما الأول فهى أن مكاتبًا قتله رجل عمدًا، وترك المكاتب مالا، بقى ببدل الكتابة، ولم يكن له وارث إلا سيده، فقال الشيخان: يقتص، وقال محمد رحمه الله لا أرى فيه قصاصًا؛ لأن سبب الاستحقاق هنا، قد اختلف على التقديرين؛ لأن المولى يستحقه بالولاء إن مات حرّا، وبالملك إن مات عبدًا، فأشبه الحال، فلا يستحق؛ لأن اختلاف السبب كاختلاف المستحق، فيسقط أصلا، كما إذا كان له وارث غير المولى.

ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين، وهو معلوم، والحكم أيضًا متحد ومعلوم، فلا يفضى اختلاف سبب إلى المنازعة، ولا إلى اختلاف حكم، فلا يفضى مجرد اختلاف السبب؛ لأن السبب لا يراد لذاته، وإنما يراد لحكمه، وقد حصل، والثانية وصى.

وإذا لم يترك مالا يفى ببدل كتابة، والمسألة بحالها، وحكمها بالاقتصاص عندهم جميعًا؛ لأنه مات رقيقًا الانفساخ والكتابة لموته، لا عن وفاء، فظهر أنه قتل عبدًا عمدًا، فيكون اقتصاص للمولى، بخلاف معتق البعض إذا قتل، ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص؛ لأن العتق فى البعض لا ينفسخ بموته عاجزًا؛ ولأن الاختلاف فى أنه يعتق كله أو بعضه ظاهر، فاشتبه المستحق، فأورث ذلك شبهة كالمكاتب، إذا قتل عن وفاء.

وقوله: أو لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقًا، فإنه إذا لم يكن له وارث أيضًا الحكم كذلك لموته رقيقًا، أو ذكر ذلك لبينه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث، أو لم يكن

لم يترك وفاءً، وله وارث يُقتص[1]، وإن ترك وفاء ووارثا لا[2]، وإن قُتل عبد الرهن لا يقتص[3] حتى يجتمع[4] الراهن، والمرتهن ولاب[5] المعتوه القَودُ والصلح لا العفو بقتل وليّه، والقاضي كالأب[6] والوصي[7] يُصالح فقط[8]، والصبي

له بخلاف المسألة الأولى. (الزيلعي بحذف وزيادة)

(١) أي يؤخذ القصاص عن قاتله.

(٢) قوله: "لا [أي لا يقتص بالإجماع]" أي لا يقتص، وهذا بالإجماع، وإن اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق؛ لأنه إن مات حرّا، كما قال علي وابن مسعود: لا قصاص، فصارت وإن مات عبدًا، كما قال زيد بن ثابت: فالقصاص للمولى. (الزيلعي)

(٣) قوله: "لا يقتص" لأن المرتهن أملك له فلا يليه، والراهن لو تولاه لبطل حق المرتهن في الدين، فلابد من حضوره ليسقط حق برضاه، واستيفاء المرتهن دينه، وإن تم بالهلاك لكنه غير مستقر لاحتمال العود، أما بالصلح أو بدعوى الشبهة في القتل فيصير خطأ. (الكشف)

(٤) فإن اجتمع كان للراهن أن يستوفي القصاص، وقيل: لا يثبت القصاص إن اجتمعا.

(٥) قوله: "ولأب" يعني إذا قتل رجل قريب للمعتوه، فلولي المعتوه استيفاء القصاص، وله أن يصالح على مال، وليس له أن يعفو، أما القتل فلأن القصاص شرع للتشفي ودرك الثاء، وكل ذلك راجع إلى النفس، ولأبيه ولاية على نفسه، فيليه كالإنكاح بخلاف الأخ وأمثاله حيث لا يكون لهم ولاية استيفاء قصاص وجب للمعتوه؛ لأن الأب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل له، كالحاصل للابن، ولهذا يعد ضرر ولده ضررًا على نفسه، بخلاف الأخ والعم، وأما الصلح فلأنه أنفع له من الفور، فلما ملك الفور، وكان الصلح بطريق الأولى، وهذا إذا صالح على قدر الدية، وأكثر منه، وإن صالح على أقل منه لا يصح، وتجب الدية كاملة، وأما العفو فلأنه إبطال لحقه لا عوض ولا مصلحة، فلا يجوز. (الزيلعي والتكملة)

(٦) قوله: "كالأب" هذا في الصحيح، حتى يملك الاستيفاء في النفس، وفيما دون النفس؛ لأن له ولاية في النفس والمال جميعًا. (الشلبي بزيادة)

(٧) لأن السلطان ولي من لا ولي له، والقاضي مثله.

(٨) قوله: "فقط" يعني ليس له القود، ولا العفو، أما القود فلأنه من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه، وأما العفو فلأن الأب لا يملكه فالوصي أولى. (العيني)

لثبوت الولاية النفسية عليه القصاص
كالمعتـــوه، وللكبار[١] القودَ قبلَ كبر الصغار، وإن[٢] قتله
بلا خلاف بأن غرقه في الماء
بمَرٍ[٣] يقتص إن أصابه الحديد، وإلا[٤] كالخنق[٥] والتغريق، ومن

---

(١) قوله: "وللكبار" يعني إذا كان القصاص مشتركًا بين الصغار والكبار، بأن قتل لهم جاز للكبار أن يقتلوا القاتل قبل أن يبلغ الصغار، سواء كان الكبير وليًا للتصرف في مال الصغير أو لم يكن، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله، وبه قال مالك وأحمد في رواية، والليث بن سعد وحماد بن سليمان والأوزاعي، وقال أبو يوسف ومحمد: إذا لم يكن الكبير وليًا التصرف في مال الصغير لا يستوفي حتى يدرك الصغير؛ لأن القود مشترك بين الكبير والصغير، ولا ولاية للكبير على الصغير حتى يستوفي حقه، ولا يمكن استيفاء البعض لعدم التجزي، فتعين التأخير إلى بلوغ الصبي، كما لو كان معهما كبير غائب.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن عليًا كرّم الله وجهه لما أصابه ابن ملجم قال في وصيته: أما أنت بأحسن وفإن شئت أن تعفو فاعف، وإن شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة، إياك والمثلة، فلما مات على قتل به، وفي ورثته صغار منهم العباس، وكان عمره أربع سنين.

ولأن احتمال العفو معدوم في الحال، وموهوم في الاستقبال، فتأخيره ربما يؤدي إلى المحال، وأما الكبير الغائب فينظر لقرب توقع الوصال.

ولو كان الكبير وليًا للصغير له التصرف في ماله، كالأب والجد له أن يستوفي قبل أن يبلغ الصغير باتفاق أصحابنا، ولو كان وليًا لا يتصرف في المال، كالأخ والعم، فعلى الخلاف. (شرح النقاية والزيلعي ومحمد إعزاز علي غفر له)

(٢) قوله: "وإن" يعني إن قتل أحد أحدًا بمر، فإن أصابت المقتول حديدته، يؤخذ بالقود، وإلا فلا، فإن في الأول سببًا ظاهرًا للجرح، وفي الثانية الآلة غير جارحة، وهذا من القتل بالمثقل، وكذا إن غرق أحد أحدًا، أو خنقه، يعني لا يقتص عند أبي حنيفة خلافًا لهما، لوجود القتل بغير حق، وهو مذهب الشافعي، وله أن القصاص يتعلق بالعمد المحض، وهو أن يقتل بآلة جارحة تعمل في نقض البينة ظاهرًا وباطنًا، ولم يوجد، والقود يستوفي بالسيف، وفيه جرح الظاهر والباطن فلا يتماثلان. (عز)

(٣) قوله: "بمر" المر -بالفتح- المسمّاة، وقيل مقبضها، وقال العيني: بفتح الميم وتشديد الراء، وهو خشبة طويلة في رأسها حديدة عريضة من فوقها خشبة عريضة يضع الرجل رجله عليها، ويحفر بها الأرض، بالفارسية بينل. (عز)

(٤) لا يقتصّ، أي وإن لم يصبه الحديد، بل قتله بظهر المر.

(٥) يعني كما لا يقتص في الخنق إذا خنق شخصًا.

رجل — أى عامداً — أى لم يزل صاحب فراش — من الجارح

جـــرح رجـــلا عمـــداً، فصـار ذا فراش، ومات يقتــص[١]،

بأن شج نفسه — بأن شجه — بأن لدغه

ومـــن مـــات بفعـــل نفســـه وزيد وأسد وحيـة ضمن

في ماله إن كان عمداً، وعلى عاقلته إن كان خطأ

زيد ثلـــث[٢] الدية.

ومـــن شهـر علـــى المسلمـــين سيفًـــا وجــب[٣] قتله،

يعنى إن قتله لحد لا شيء عليه

ولا شـيء بقتـله، ومن شهر على رجل سلاحًا ليـلا، أو نهاراً

أى خارج المصر — أى فى الليل — أى فى النهار

فى المصر أو غيره، أو شهر عليـه عصا ليلا فى مصر، أو نهارا

أى خارج المصر — أى الشاهر — من القصاص والدية

فى غيـره، فقتـله المشـهور عليـه، فلا شيء[٤] عليه، وإن شـهر

---

(١) قـوله: "يقتص" لأن الجـرح سبب ظاهر لموته، فيحل الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه، كنحر البرء منه. (الزيلعى)

(٢) قـوله: "ثلث" لأن فـعل دود الحـية جنس واحـد؛ لكونه هدرًا فى الدنيا والأخرى، وفعل الشخص بنفسه جنس آخر؛ لكونه هدرًا فى الدنيا دون العقبى، حتى يأثم بالإجماع، وفعل زيد جنس ثالث؛ لكونه مؤاخذًا فى الدنيا والآخرة، فيكون التالف بفعل زيد ثلثه، فيجب عليه ثلث الدية.

وقال الشافعى وأحمد رحمه الله فى قول: إن كان فعل زيد عمدًا يجب عليه القود من قتل نفسه، يغسل ويصلى عليه عند أبى حنيفة، وعن أبى يوسف يغسل ولا يصلى عليه؛ لأنه باغ على نفسه. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وجب" لقوله عليه الصلاة والسلام: «من شهر على المسلمين سيفًا فقد حل دمه»، أى أهدره؛ ولأن دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله إذا لم يكن دفعه إلا به، ولا شيء بقتله؛ لأنه باغ سقطت عصمته ببغيه، فلم يلزم على القاتل قصاص ولا دية ولا كفارة، ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار فى مصر أو غيره. (المجمع)

(٤) قوله: "فلا شيء" لما روى أحمد فى "مسنده"، والحاكم فى "مستدركه"، وقال: صحيح على شرط الشيخين، من حديث سليمان بن بلال عن علقمة بن أبى علقمة عن أمه عن عائشة قالت: سمعت رسول الله ﷺ يقول: من أشار بحديدة إلى أحد من المسلمين يريد قتله وجب قتله.

وما أخرجه مسلم فى الإيمان عن سلمة بن الأكوع عن النبى ﷺ أنه قال: «من سلّ علينا

لإمكان دفعه بالغوث / أى بالشاهر

عليه عصا نهاراً فى مصر، فقتله المشهور عليه قتل به، وإن شهر المجنون على غيره سلاحًا، فقتله المشهور عليه عمداً تجب[١] الدية، وعلى هذا الصبى[٢] والدابة[٣]، ولو[٤] ضربه الشاهر، فانصرف فقتله الآخر، قتل القاتل، ومن دخل عليه

(أى المشهور عليه — أى شاهر السلاح — بعد الضرب — أى المشهور عليه بعد الانصراف — وهو المشهور عليه المضروب)

فليس منها»، وفيهما عن أبى موسى نحوه، ورواه النسائى من حديث ابن الزبير والحاكم فى "المستدرك" عن معمر مرفوعًا من شهر سيفا ثم وضعه فدمه هدر.

ولأنه باغ بفعله فتسقط عصمته؛ ولأن القتل تعين طريقًا لدفع فعله؛ لأن السيف لا يلبث، فيحتاج فى دفعه إلى القتل والعصا، وإن كان يلبث إلا أنه فى الليل لا يلحقه الغوث إلا أنه فى الليل لا يلحقه الغوث، وكذا فى النهار فى مصر، فكان دمه هدر، حتى لو أمكن دفعه بطريق آخر لا يسعه قتله. (شرح النقاية)

(١) قوله: "تجب" وقال مالك وأكثر وأهل اعلم لا شىء فى الكل؛ لأنه قتله وقعًا عن نفسه، فكان كقتل الشاهر المكلف؛ ولأنه محمول على قتله بسبب فعله، وهو شهر السلاح والصول، كما إذا أكره رجل آخر بأن قال له: لأقتلنك فلانًا فقتله المكره، حيث لا يجب عليه شىء.

ولنا أن فعل الصبى والمجنون والدابة غير متصف بالحرمة لعدم الاختيار الصحيح منهم، فلا تسقط العصمة، ولذا لا يجب القصاص على الصبى والمجنون إذا قتلا، ولا الضمان إذا قتلت الدابة، ومقتضى هذا أن يجب القصاص على المشهور عليه إذا قتلهما؛ لأنه قتل نفسًا معصومة إلا أن الدية وجبت لوجود المبيح، وهو دفع الشر. (شرح النقاية)

(٢) إذا شهر على غيره سلاحًا، فقتله المشهور عليه عمدًا، تجب الدية عندهما، خلافًا لأبى يوسف والشافعى رحمهما الله.

(٣) إذا صالت على إنسان فقتلها، يجب عليه الضمان عندنا.

(٤) قوله: "ولو" معناه إذا شهر رجل على رجل سلاحًا فضربه الشاهر، فانصرف ثم إن المضروب وهو المشهور عليه ضرب المضارب وهو الشاهر فقتله، فعليه القصاص؛ لأن الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصومًا مثل ما كان؛ لأن حل دمه كان باعتبار شهر وضرب، فإذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيًا، اندفع شره، فلا حاجة إلى قتله لاندفاع شره بدونه، فعادت عصمته، فإذ قتله بعد ذلك فقد قتل شخصًا معصومًا ظلمًا، فيجب عليه القصاص. (الزيلعى)

غيره، فأخرج السرقة، فأتبعه فقتله، فلا شيء[1] عليه.

باب القصاص فيما دون النفس[2]

واصل بما قبله

يقتص[3] بقطع اليد من المفصل، وإن كان يد القاطع أكبر[4]، وكذا[5] الرجل ومارن[6] الأنف[7] والأذن والعين إن

إذا قطعه شخص يقطع منه — أي وكذا الأذن

---

(١) قوله: "فلا شيء" وكذا لو قتله قبل الأخذ إذا قصد أخذ ماله، ولم يتمكن من دفعه إلا بالقتل؛ لما في البخاري مرفوعًا: «من قتل دون ماله فهو شهيد»؛ ولأنه يباح قتله دفعًا في الابتداء، فكذا استردادًا في الانتهاء، وهذا إذا لم يتمكن من الاسترداد إلا بالقتل. (الكشف وحاشيته ملخّصًا)

(٢) ما ذكر القصاص في النفس شرع في القصاص فيما دونها؛ لأن الجزء يتبع الكل في الحكم.

(٣) قوله: "يقتص" إلى قوله: المماثلة لقوله تعالى: ﴿وَالجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾ أي ذو القصاص، ولقوله: ﴿السِّنَّ بِالسِّنِّ﴾، والقصاص ينبى على المماثلة، فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص، وما لا فلا، وقد أمكن في هذه الأشياء التي ذكرها، ولا معتبر بكبر العضو؛ لأنه لا يوجب التفاوت في المنفعة.

ويمكن رعاية المماثلة في العين إذا ضربت وذهب ضوءها وهي قائمة بأن تحمى لها المراة، ويجعل على وجهه قطن رطب، وتسد عينه الأخرى، ثم تقرب المراة من عينه، بخلاف ما إذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم إمكان رعاية المماثلة، وكانت هذه الحادثة وقعت في زمن عثمان رضي الله عنه، فشاور الصحابة رضي الله عنهم، فقال علي: يجب القصص، فتبين إمكان الاستيفاء بالطريق الذي ذكرناه.

ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر في العضو، حتى أجرى القصاص في الكل باستيفاء الكل، واعتبره بالشجة في الرأس إذا كانت استوعبت رأس المشجوج، وهي لا تستوعب رأس الشاج، فأثبت للمشجوج الخيار، إن شاء أخذ الأرش وإن شاء اقتص، وأخذ بقدر شجته، وإنما كان كذلك لأن ما يلحقه من الشين أكثر؛ لأن الشجة المستوعبة لما بين قرينه أكثر شيئًا من الشجة التي لا تستوعب بين قرينة، بخلاف قطع العضو، فإن الشين فيه لا يختلف، وكذا منفعة لا تختلف، فلم يكن له إلا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه (ز)

(٤) من يد المقطوع، أراد أن من قطع يد غيره من المفصل قطعت يده منه، أشار بذلك إلى أنه لا اعتبار لكبر اليد وصغرها.

(٥) أي وكذا الحكم في الرجل إذا قطعت من المفصل.

حالية غير متحققة أى نزعها أى لا يجب القصاص وصلية
ذهب ضوءها وهى قائمة، ولو قلعها لا والسن[١]، وإن
أى وكذا الحكم وهى الموضحة فقط
تفاوتا[٢]، وكل شجة يتحقق فيها المماثلة، ولا[٣] قصاص فى
غير السن على القول بأنه عظم مبتدأخبره قوله: سيّان
عظم وطرفى[٤] رجُل وامرأة، وحرّ وعبد وعبدين، وطرف
أى شلان، فيجرى القصاص بينهما للتبادى فى الأرش
المسلم والكافر سيان، وقطع[٥] يدٍ من نصف الساعد، وجائفة

---

(٦) أى ما لان من الأنف، واحترز به عن القطبة.

(٧) إذا قطعه شخص يقطع منه.

(١) بالرفع عطف على "الرجل"، أى وكذا السن إذا قلعه شخص يقطع سنة.

(٢) أى من القالع ومن المقلوع.

(٣) قوله: ولا" لقول عمر: إنا لا نقيد من العظام، وقول ابن عباس: ليس فى العظام قصاص، ونحوه عن الشعبى والحسن، ورواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه"؛ ولأن المماثلة فيه متعذرة؛ لأنه إذا كسر موضع ينكسر موضع آخر.

واعلم أن الأطباء اختلفوا فى أن السن عظم طرف عصب يابس، فمنهم من أنكر أنه عظم؛ لأنه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة، ويلين بالخل، ومنهم من قال: إنه عظم، وميل الشيخ إلى الأول، فإنه أطلقه ولم يستثن السن، فعلى تقدير دخوله فى العظم لا حاجة إلى استثناءه، وعلى التقدير دخوله الفرق بين السن وبين سائر العظام ظاهر بإمكان المساواة بأن يبرد بالمبرد، ويقدر ما كسر منه (عز)

(٤) قوله: "وطرفى" أى لا قصاص فى الطرف بين رجل وامرأة ولا بين حر وعبد، ولا بين عبدين، خلافًا لمالك والشافعى وأحمد وابن أبى ليلى فى جميع ذلك إلا فى الحر يقطع طرف العبد اعتبارًا للأطراف بالأنفس، لكونه تابعة لها، وشرع القصاص فيها للإلحاق بالأنفس، ففى كل موضع يجرى القصاص فى النفس يجرى فى الطرف، وما لا فلا.

ولنا أن الأطراف يسلك بها مسالك الأموال؛ لأنها وقاية للأنفس، كالأموال، وأنه لا معاملة بين طرف الذكر والأنثى، للتفاوت بينهما فى القيمة بتقويم الشارع، ولا بين طرف الحر والعبد لذلك؛ لأنه جعل قيمته يد الحر خمس مائة دينار، وقيمة يد العبد نصف قيمته، وهى لا تبلغ ذلك، ولا بين طرف العبدين لعدم امشاواة بينهما باليقين، بل بالحرز والتخمين، بخلاف طرف الحرين؛ لأن استواءهما متيقّن بتقويم الشارع، وبخلاف الأنفس؛ لأن القصاص فيها يتعلق بإزهاق الروح ولا تفاوت فيها. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "وقطع [أى لا قصاص فى قطع. . . إلخ]" إلى الحشفة أى لا قصاص فى هذه

صاحبه
برأ منها[١]، ولسان وذكر إلا أن تقطع الحشفة، وخير[٢] بين القود والأرش إن كان القاطع أشلّ، أو ناقص الأصابع، أو كان رأس الشاج أكبر.

المجنى عليه / وفيقتص / أى القصاص / من رأس المشجوج

في الصلح وغيره

فصل[٣]

لأخذه البدل / القاتل عدم عمد

وإن[٤] صولح على مال وجب حالا، وسقط القود،

الأشياء لعدم إمكان مماثلة فيها؛ لأن في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوي فيه، إذ لا ضابط تسوفي الجائفة البرء نادر، فلا يمكن أن يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منه، فلا يكون أهلاكا، فلا يجوز، والذكر واللسان ينقضان وينبسطان، فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما إلا أن يقطع من الحشفة؛ لأن موضع القطع معلوم، فصار كالمفصل. (الزيلعي)

(١) قيّد به لأنه إذا مات منها يقتص.

(٢) قوله: "وخيّر" أما الأول وهو ما إذا كانت يد القاطع شلاء، أو ناقصة الأصابع، ويد المقطوع صحيحة كاملة الصابع، فلأن استيفاء حقه بكماله متعذر، فيخير بين أن يأخذون حقه في القطع، وبين أن يأخذ الأرش كاملا، كمن أتلف مثليّا لإنسان، فانقطع عن أيدي الناس، ولم يبقَ منه إلا رديئًا، فإنه مخير بين أن يأخذ الموجود ناقصًا، وبين أن يعدل إلى القيمة، ثم إذا استوفى القصاص سقط حقه في الزيادة.

وأما الثاني: وهو ما إذا كان رأس الشاج أكبر، بأن كانت الشجة استوعبت بين قرني المشجوج وهي تستوعبه بين قرني الشاج؛ فلأن الشجة إنما كانت موجبة لكونها مشينية، فيزداد الشين بزيادتهما، وفي استيفاء ما بين قرني لاشاج زيادة على ما فعل، وباستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج، فيخير كما في الشلاء والصحيحة، ثم لو اختار القود يبدأ من أي الجانبين شاء؛ لأن حقه في ذلك المحل، فكان له أن يفعل.

وفي عكسه، وهو ما إذا كان رأس المشجوج أكبر يتخير أيضًا لتعذر الاستيفاء كملا؛ لما فيه من الزيادة الشين. (الزيلعي بحذف)

(٣) قوله: "فصل" لما كان سقوط القصاص والصلح عنه بعد تحقق الجناية وأحكامها عقد هذا الفصل لذلك لتميز مسائله عما سبق بيانه من الجنايات بأنواعها. (المجمع)

(٤) قوله: "وإن" يعني إذا صالح الأولياء على مال عن القصاص وجب المال المصالح عليه قليلا كان أو كثيرًا حالا، وإن لم يذكر، ولا الحلول والتأجيل؛ لأنه مال واجب بالعقد، والأصل في أمثاله الحلول، كالمهر والثمن.

الملهِ المصالح به — بأن كان مع الحر القاتل عبد ساعده فى القتل فأمر...إلخ

وينصف(١) إن أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على ألف، ففعل (المأمور ذلك) فإن(٢) صالح أحد الأولياء من حظه (أى نصيبه) على عوض، أو عفى (عن القاتل) فلمن(٣) (من الأولياء) بقى حظه من الديّة ويُقتل(٤)

ومشروعية الصلح ثابتة بقوله تعالى: ﴿فَمَن عُفِيَ لَهُ مِن أَخِيهِ شَيْءٌ﴾، وقال ابن عباس رضى الله عنهما: نزلت هذه الآية فى الصلح، وقوله عليه الصلاة والسلام: «من قتل له قتيلا فأهله بين خيرتين، وبين أن يأخذوا المال وبين أن يقتلوا»، فالمراد أخذ المال برضا القاتل، وهو معنى الصلح.

ولأنه حق ثابت للأولياء، يجوز لهم التصرف فيه بإسقاطه مجانًا، وهو العفو وبعوض، وهو معنى الصلح، بخلاف حد القذف؛ لأن الغالب فيه حق الله، فلا يجرى فيه العفو، فكذا التعويض.

وإنما كان القليل والكثير فيه سواء لأنه ليس فيه شيء مقر شرعا، فيفوض إلى رضاهما، كالخلع وبدل الكتابة والإعتاق على مال، بخلاف ما إذا كان القتل خطأ، فإنه لا يجوز الصلح بأكثر من الدية؛ لأنه دين ثابت فى الذمة مقدر بقوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إِلَى أَهْلِهِ﴾، فيكون أخذ أكثر منه ربا. (المجمع)

(١) قوله: "وينصف" معناه لو كان القاتل حرًا وعبدًا، فأمر الحر القاتل ومولى العبد القاتل رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم، ففعل المأمور فالألف على الحر ومولى نصفان؛ لأنه مقابل بالقصاص، وهو عليهما على السواء، فينقسم بدله عليهما على السواء؛ ولأن الألف وجب بالعقد، وهو مضاف إليهما، فينتصف موجبه وهو الألف. (الزيلعى)

(٢) قوله: "فإن" تصوير المسألة إن زيدًا قتله عمرو مثلا وورثة زيد أبوه وأبناءه وزوجته، فصالح أبو المقتول عن حظه من القصاص، وهو السدس على عوض، أو عفا سقط القصاص وانقلب نصيب بقية الورثة مالا من الدية، ولم يبقَ لهم حق فى القود.

وفى عكسه وهو ما إذا صالح أبناء المقتول وزوجته عن سهامهم من القصاص، ينقلب منهم الأب من القصاص مالا، وإن كل واحد منهم له التصرف بالاستيفاء، أو بالعفو بالصلح؛ لأنه خالص حقه، فإذا تصرف فيه بعفو، أو صلح فقد تصرفه فيه، وسقط به حقه فى القصاص، ومن ضرورة سقوط حقه فى القصاص سقوط الباقين فيه؛ لأنه لا يتجزأ ثبوتا، فكذا سقوطا، وإذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا؛ لأن القصاص امتنع لمعنى فى القاتل، وهو ثبوت عصمة بعفو البعض، فيجب المال، كما فى الخطأ حيث امتنع فيه القود لمعنى فى القاتل، وهو كونه مخطئًا. (شرح النقاية)

(٣) أى فالواجب لمن... إلخ.

الجمع بالفرد، والفرد[١] بالجمع اكتفاء، فإن حضر[٢] (من أولياء المقتول) واحد قُتل له، وسقط حق الباقين[٣] (من الأولياء في القصاص)، كموت القاتل. (أي لأجل هذا الحاضر)

---

(٤) قوله: "ويقتل" وهو قول مالك والشافعي وأحمد وأكثر أهل العلم من الصحابة، وقال ابن الزبير والزهري وغيرهما: لا يقتلون به، وتجب الدية عليهم؛ لأن مفهوم النفس بالنفس أن لا يقتل بالنفس الواحدة أكثر من واحدة، ولأن في القصاص تجب المساواة، ولا مساواة بين العشرة والواحد.

ولنا ما روى محمد بن الحسن في "الموطأ"، والشافعي في "مسنده" كلاهما عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب أن عمر بن الخطاب قتل نفرًا خمسةً أو سبعة برجل قتلوه غيلة، وقال: لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم؛ ولأن زهوق الروح لا يتجزأ. واشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ، يوجب التكامل لكل واحد منهم كولاية الإنكاح. (الشرح بحذف)

(١) قوله: "والفرد" أي يقتل الفرد إذا قتل جماعة، ويكتفي بذلك، قال شارح "النقاية": وكان الأولى أن يقول كالعكس، إذ لا خلاف فيه، وقال الزيلعي: قال الشافعي رحمه الله: يقتل بالأول منهم إن قتلهم على التعاقب، ويقضى بالدية لمن بعده في تركته؛ لأن العاقلة لا تعقل العمد.

وإن قتلهم جميعًا معًا، أو لم يعرف الأول منهم، يقرع بينهم، ويقضى بالقو لمن خرجت له القرعة، وبالدية للباقين، وفي قول: قتل لهم جميعًا، وتقسم الديات بينهم؛ لأن الموجود منه قتلات، وما يتحقق في حقه قتل واحد، فلا تماثل، وهو القياس في الفصل الأول، إلا أنا تركناه بما ذكرنا على ما بينّا.

ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال، فحصل التماثل، ألا ترى أن الواجب في الفصل الأول، وهو ما إذ قتل جماعة واحدًا القصاص، ولو لا أن التماثل ثابت لما وجب القصاص، وهذا لأن المثل اسم مشترك، فمن ضرورة كون أحد الشيئين مثلا للآخر أن يكون الآخر مثلا له كاسم الأخ والزوج، فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل له، إذ هو لا يجب في كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم، أو يتوهم عدم المماثلة فيه، كالجائفة، فإن الثاني لما توهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص. (عز)

(٢) قوله: فإن حضر" أي إذ حضر أولياء واحد من المقتولين قتل لهم، وسقط حق أولياء بقية المقتولين، كما يسقط بموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء، فصار كموت العبد الجاني، وفيه خلاف الشافعي؛ لأن الواجب عنده أحدهما على ما بينا، فإذ فات أحدهما تعين الآخر، كمن قال لامرأتيه: إحداكما طالق، أو قال لعبديه: أحدكما حر، فمات أحدهما، تعين الآخر لفوات المحل. (الزيلعي)

(٣) يعني إذا مات القاتل حتف أنفه، سقط حق الأولياء المقتول بلا خلاف.

أى القاطعان — أى دية اليد المقطوعة
ولا[١] يُقطع يد رجلين بيد واحد، وضمنا[٢] ديتها، وإن
أى يمين القاطع
قطع واحد يمينى رجلين، فلهما قطع يمينه، ونصف[٣] الدية[٤]،
عن الرجلين. — للحاضر — أى يد القاطع — أى على القاطع
فإن حضر واحد وقطع يده، فللآخر[٥] عليه نصف الدية، وإن

---

(١) قوله: "ولا" أى لا تقطع يدا الرجلين بيد قطعاها بأن أخذا سكينًا وأمرّاها على يد من جانب واحد حتى انقطعت، وهو قول الثورى والزهرى والحسن، وعليهما نصف الدية؛ لأنه دية اليد الواحدة، فيضمنان ديتها فى مالهما؛ لأنا تيقنا أن كل واحد منهما قاطع للنصف، الفعل عمدًا.

وقال مالك والشافعى وأحمد وإسحاق وأبو ثور: تقطع يداهما، وأما لو وضع أحدهما سكينًا من جانب، والآخر من جانب آخر، وأمرّ حتى التقى السكينان، لا يجب القصاص اتفاقًا. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وضمنا" أى ضمن القاطعان دية المقطوعة؛ لأن التلف حصل بفعلهما ليجب عليهما نصف الدية، على كل واحد منهما الربع، فيجب من مالهما؛ لأن العاقلة لا تتحمل العمد. (الزيلعى)

(٣) قوله: "نصف" أى نصف دية النفس، وهو تمام دية يد واحدة، إذ ليس فى الطرف الواحد وفاء بحقهما، وإن حضرا، ولعل ذلك لأن الأطراف كالمال، فلو أنه أتلف لكل منهما مالا، ثم أدى لهما مقدار مال الآخر، فكذا هنا وجب عليه يدان، ويده إنما توفى حق أحدهما، فإذا حضرا، فقد استوفيا قدر حق أحدهما، فعليه قدر حق الآخر بينهما، بخلاف النفس لأنها لا تعتبر بالأموال، فينزل كل من الحاضرين مستوفيًا تمام حقه، ولم يبق لحق الآخر محل.

ولأن الفعل فى الطرف يتجزأ الإمكان قطع بعض العضو دون بعضه الآخر، فيتجزأ اقتصاصه، فالقصاص الذى وقع فى حضورهما تناصف بينهما أيضالأن لكل ذى حق حقها لقدر الممكن، وبقى لكل منهما نصف القصاص، فباستيفاء أحدهما بعض اليد قصاصًا لم يبقَ ذلك البعض محلا لاستيفاء باقى حق الآخر، وقد أوفى به الجانى حقًا مستحقًا عليه، فوجب عليه بدله، كمن قضى دينه بدراهم غيره، بخلاف النفس؛ لأن الفعل فيها لا يوصف بالتجزى؛ لأنه تصرف فى الروح بإزهاقه، ولا يتصور انزهاق بعضه دون البعض. (الكشف)

(٤) أى حضرا معًا سواء كان القطع جملة واحد أو على التعاقب.

(٥) قوله: "وللآخر" لأن للحاضر أن يستوفى الثبوت حقه بلا مزاحمة الآخر، وتردده حق الغائب، فعسى أن لا يحضر، وإن حضر فعسى أن يعفو، أى استوفى لم يبق محل الاستيفاء، فتعين حق الآخر فى الدية؛ لأنه أوفى به حقًا مستحقًا عليه، فتقوم عليه، بخلاف النفس، فإنه وإن أوفى بهما حقًا مستحقًا عليه، لكن لا يمكن جعلها سائمة له بعد موته حتى تقوم عليه، وفى الطرف

مأذون أولا ولو أقر بالخطأ لم يجز إقراره رجل أى عامدًا
أقر عبد بقتل عمد يقتص(١) به، وإن رمى رجلا عمدا، فنفذ
أى من الذى أصابه السهم الرامى لأنه عمد لأنه أحد نوعى الخطأ، وهو الخطأ فى الفعل
السهم منه إلى آخر يقتص للأول وللثانى الدية.

فى تعدد الجناية

فصل

بلا تداخل أى بالقطع والقتل.
ومن(٢) قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالأمرين، ولو

يمكن ذلك، فيقوم عليه، وهذا لأن النفس أصل، فإذا فاتت لا يبقى شيء حتى تعتبر النفس باقية يتبع بقاءه، فتعتبر سالمة له، بخلاف الطرف؛ لأن أصله النفس، فتعتبر باقى بتبع بقاءها، فيعتبر سالمًا. (الكشف)

(١) قوله: "يقتص" خلافًا لزفر لما فيه من إبطال حق المولى، فصار كالإقرار، ولنا أن إقراره صحيح؛ لأنه غير متهم فيه؛ لأنه مضرّ به؛ ولأن العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية حتى لا يصح إقرار المولى عليه بالحدود والقصاص، وبطلان حق المولى بطريق الضمن، فلا يبالى به. (الكشف)

(٢) قوله: "ومن" ومعنى هذا إذا قطع يده ثم قتله يجب عليه موجب القتل، وموجب القطع إذا كانا عمدين، أو أحدهما عمدًا والآخر خطأ، أو كانا خطأين، وتخلل بينهما برء، لا فى الخطأين لم يتخلل بينهما برء، فتجب فيه دية واحدة، الصور ثمان: لأن الفعلين إما أن يكونا عمدين، أو خطأين، أو مختلفين، والعمد مقدم، والخطأ أربع، وعلى كل إما أن يتخلل بينهما برء أو لا. فالحكم للتداخل فى خطأين لم يتخلل بينهما برء بالإجماع، والجمع فى البقية بالإجماع إلا فى عمدين لم يتخلل بينهما برء، فإنهما يجمعان عند أبى حنيفة رحمه الله، ويتداخلان عندهما.

والأصل فيه أن التداخل بين الجراحات واجب ما أمكن فإن انتفى المانع، وهو تتخلل البرء، والاختلاف أو المراد الاختلاف عمدًا وخطأ؛ لأن القتل فى الأعم يقع بضربات متعاقبة، وفى اعتبار كل ضربة بنفسها بعض الجرح، إلا أن لا يمكن التداخل، فيعطى كل واحد حكم نفسه، وقد تعذر التداخل فى هذه الفصول.

أما فى المختلفين فلاختلاف الحكم قصاصًا ودية فى صورهما الأربع، وفى المتحدين لتخلل البر حتى لو لم يتخلل بينهما برء عندهما، وعند أبى حنيفة لا يتداخلان، والولى بالخيار: إما أن يقطعه ثم يقتله، أو يكتفى ثم يقتله، أو يكتفى يقتله لتعذر التداخل؛ لأن الجزء (أى فى الجناية يقطع إضافة السراية إلى القطع حتى لو صدرا من شخصين يجب القود على الجز -أى على الجاز دون القاطع، فلو لم يكن الجز قاطعًا لوجب القود عليهما- فصار كتخلل البرء. (الكشف)

(أى ولو كان القتل والقطع عمدين) (بين القتل والقطع)
عــمــــدين، أو خطأين(١)، أو مختلفين(٢) يتخلل بينهما برئ، (أى أو لم يتخلل بينهما برء) أو لا إلا(٣) فى خطأين لم يتخلل بينهما برءٌ، فتجب دية واحدة، كمن(٤) ضربه مائة سَوط، فبرَءَ من تسعين ومات من عشرة، (فإنه يجب فيه دية واحدة) وإن(٥) عفى المقطوع عن القطع، فمات (من ذلك) ضمن القاطع الدية، (فى ماله إن كان عامداً) ولو عفى عن القطع وما يحدُث عنه أو عن الجناية (أى لا يضمن القاطع شيئًا)

---

(١) أى أو يؤخذ بالأمرين أيضًا، وهم الديتان لو كانا خطئين.

(٢) أى أو يؤخذ بالأمرين أيضًا، وهما القتل والدية، ولو كان بأن القطع والقتل مختلفين، بأن قطع يده عمدًا، ثم قتله خطأ، أو بالعكس، ثم قتله عمدًا. (العينى)

(٣) استثناء من قوله: أخذ بالأمرين، فلا يؤخذ فيه إلا بالدية لا غير.

(٤) قوله: "كمن" يعنى يجب فيه دية واحدة، كما إذا كان القطع والقتل خطأين، ولم يتخلل بينهما برء، وإنما كان كذلك؛ لأن الضربات التى برء منها، ولم يبقَ لها، أو سقط أرشها لزوال الشين، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى، وعن أبى يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل، وعن محمد رحمه الله أنه يجب فيه أجرة الطبيب ومن الأدوية، ونأتى المسألة بأدلتها فى فصل الشجاج إن شاء الله تعالى.

ولو بقى لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالإجماع؛ لأن الأرش يجب باعتبار الشين فى النفس، وهو ببقاء الأثر. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وإن" أى ومن قطعت يده عمدًا، فعفا المقطوع عن القطع، فمات منه، أى من القطع، فعلى قاطعه الدية فى ماله عند الإمام؛ لأنه عفى عن القطع، وهو غير القتل، فلما سرى تبين أنه القتل لا القطع، فيجب ضمان القتل؛ لأن حقه فيه، هذا فى القياس إلا أن الدية وجبت استحسانًا؛ لأن صورة العفو مورثة للشبهة.

وعندهما هو أى عفو المقطوع عن موجبه وهو أحد الأمرين، هو القطع إن لم يسر، أو القتل إن سرى، وإن عفا المقطوع عن القطع، وما يحدث منه أى من القطع، أو عفا عن الجناية عمدًا، فهو عفو عن النفس إجماعًا؛ لكون الجناية جنسًا متناولا للسارية والمقتصرة، ثم مات من ذلك لا شىء عليه. (المجمع)

أى لا يضمن القاطع شيئًا أى كان القطع خطأ، فالعفو معتبر من الثلث
لا، فالخطأ[١] من الثلث، والعمد من كل المال، وإن قطعت
أو خطإٍ المقطوع يده بالسراية
امرأة يد رجل عمدا، فتزوجها على يده ثم مات، فلها[٢]
أى تجب الدية على...إلخ أى وكان القطع خطأ
مهر مثلها[٣]، والدية فى مالها وعلى عاقلتها لو خطأ، وإن
أى من اليد المقطوعة
تزوجها على اليد وما يحدث منها، أو على الجناية
أى من القطع يعني عن سريانه لورثة المجنى عليه أى على المرأة
فمات منه، فلها مهر مثلها ولا شيء[٤] عليها لو عمداً، ولو

---

(١) قوله: "والخطأ" أى إذا اعتبر العفو وهو فى الصورتين الأخيرتين عنده وفيهما، وفى الأولى عندهما، فالخطأ من الثلث، أى إذا كان القطع خطأ، فالعفو معتبر من الثلث والعمد من كل المال؛ لأن موجب العمد القود، ولم يتعلق به حق الورثة -أى لم يتعلق به حقهم قبل موته، وإنما يثبت لهم خلافة بعد الموت، بخلاف الدية؛ لأنه مال فتعلق حقهم قبل الموت- لما أنه ليس بمال. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "فلها" هذا عند الإمام؛ لأن العفو عن اليد أو القطع لا يكون عما يحدث منه عنده، ثم إن كان القطع عمدًا، كأن تزوّجها على القصاص فى الطرف، وليس بمال على تقدير الاستيفاء، فعلى تقدير السقوط أولى، فلا يصح للمهر، فيجب لها عليه مهر المثل.

فإن قيل: قد سبق أن القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف، فكيف يصح تزوجها عليه، أجيب: أن الموجب الأصلى للعمد هو القصاص لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَالْجُرُوحَ قِصَاصٌ﴾، وإنما سقط لتعذر ثم تجب عليها الدية؛ لأن التزوج وإن تضمن العفو، لكن عن القصاص فى الطرف، فإذا سرى تبين أنه قتل، ولم يتناوله العفو، فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس، وهو فى مالها؛ لأنه عمد، والعاقلة لا تحمله، فإذا وجبت له الدية، ولها المهر تقاصّان استويا، وإن فضلت الدية ترده على الورثة، وإن فضل المهر ترده الورثة عليها.

وإن كان القطع خطأ يكون تزوجها عن أرش اليد، وإذا سرى إلى النفس تبين أنه لا أرش لليد، وأن المسمى معدوم، فيجب مهر المثل، كما إذا تزوجها على ما فى يده، ولا شيء فيها، والدية واجبة بنفس القتل؛ لأنه خطأ، ولا تقع المقاصة؛ لأن الدية على العاقلة، قيل: ينبغى أن تقع المقاصة على القول المختار فى الدية، وهو عدم وجوبها على العاقلة، بل على القاتل. (المجمع)

(٣) قوله: "مهر مثلها" لأن هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال، فلا يصلح مهرًا، فيجب مهر المثل، كما لو تزوجها على خمر أو خنزير. (الزيلعى)

(٤) قوله: "لا شيء" لأنه رضى بسقوط القصاص على أنه يصير مهرًا، وهو لا يصلح مهرًا، فسقط أصلا، فصار كما إذا سقط القصاص بشرط أن يصير مالا، فإنه يسقط مجّانًا.

العاقلة
خطأً رفع[1] عن العاقلة[2] مَهر مثلها، ولهم ثلث ما ترك وصيةً

أى لو قطع رجل يد رجل و أى للمقطوع أى بسريان القطع
[3]، ولو قطع[4] يده فاقتص له، فمات الأول[5] قُتل به، وإن

الولى الذى قتل فلانًا مثلا الولى عن القاتل أى يد القاتل
قطع يد القاتل، وعفى ضمن[6] القاطعُ دية اليد.

(الزيلعى)

(١) قوله: "رفع" قال فى "المنح": "وإنما كان كذلك لأن التزوج على اليد وما يحدث منها، أو على الجناية تزوج على موجبها، والدية موجبها هنا، وهى تصلح مهرًا، فصحت التسمية، إلا أن قدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال؛ لأنه ليس فيه محاباة، والمريض لا يحجر عليه فى التزوج؛ لأنه من الحوائج الأصلية، فيسقط قدر مهر المثل من جميع المال، وما زاد على ذلك من الثلث؛ لأنه تبرع، والدية تجب على عاقلتها، وقد صارت مهرًا فسقط كلها عنهم إن كان مهر مثلها الدية أو أكثر، ولا ترجع عليهم بشىء؛ لأنهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها، فإذا صار ذلك ملكًا لها سقط عنهم قدر مهر مثلها، كما ذكرنا، وما زاد على ذلك ينظر، فإن خرج من الثلاثة سقط عنهم أيضًا؛ لأنه وصية لهم، فيصح لأنهم أجانب.

وإن كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث، وأدّوا الزيادة إلى الولى؛ لأن الوصية لا نفاذ لها إلا من الثلث . . . اهـ. وفى جعله وصية للعاقلة تأمل، ولعله كأنه جعله لزوجته وصيةً، وهى ليست أهلا لها؛ لأنها ولزثية، فصرفناه عنها إلى عاقلتها تصحيحًا للتصرف، وتخفيفًا عنهم، فإنهم إنما تحملوه بسببها. (الطحطاوى)

(٢) لأنهم يتحملون عنها، فمن المحال أن ترجع عليم

(٣) نصب على التمييز أى من حيث الوصية.

(٤) قوله: "ولو قطع" أى لو أن رجلا قطع يد رجل، فاقتصّ له، فمات المقطوع الأول، قتل المقطوع الثانى، وهو القاطع قصاصًا؛ لأنه تبين أن الجناية كانت قتلا عمدًا، وحق المقتص له فى القصاص فى النفس، واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه فى القتل؛ لأن من له القصاص فى النفس إذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله، لا يجب عليه شىء إلا أنه إذا أحرقه بالنار، لا يجب عليه شىء غير الإساءة، فإذا بقى له فيه القصاص، فوراثه يقوم مقامه. (الزيلعى)

(٥) أى المقطوع الأول قبل المقطوع الثانى.

(٦) قوله: "ضمن [وهو الولى]" وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: لا شىء عليه؛ لأنه قطع يدًا من نفس لو أتلفها لا يضمن، كما لو قطع يد مرتد، ثم أسلم، ثم سرى، وهذا لأنه

باب[1] الشهادة فى القتل

أى لا يقتص من أقاد يقيد إقادة أى بإقامة البينة

لا[2] يقيد حاضر بحجة، إذا أخوه غاب عن

البينة أى الحاضر والغائب الذى حضر

خصومته، فإن يعد لا بد من إعادته ليقتلا، ولو خطأ[3]، أو دينًا

استحق إتلافه بجميع أجزاءه، إذ الأجزاء تبع للنفس، فبطل حقه بالعفو فيما بقى، لا فيما استوفى.

ولأبى حنيفة رحمه الله أنه استوفى غير حقه، فيضمن، وهذا لأن حقه فى القتل لا فى القطع، وكان القياس أن يجب القصاص إلا أنه سقط للشبهة إذا كان أن يتلف الطرف تبعًا للنفس، وإذا سقط القود وجبت الدية، وإنما لم يضمن فى الحال لاحتمال أن يصير قتلا بالسراية، فظهر أنه استوفى حقه، وحقه فى الطرف ثبت ضرورة ثبوت حق القتل، وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله، فإذا وجد الاستيفاء ظهر حقه فى الطرف تبعًا، فتبين أنه استوفى غير حقه. (الزيلعى ملخصًا)

(١) قوله: "باب" لما كانت الشهادة بالقتل أوردها عقيب حكم القتل؛ لأنه لما تعلق، أو صار كالتابع له. (الشلبى)

(٢) قوله: "ولا" من هنا إلى قوله: إعارة بيت ونصفه أخذه الشيخ من المنظومة اختصار تنشيطًا للمتعلم، أى إذا قتل شخص وله وليّان بالغان عاقلان حاضر وغائب، فأقام الحاضر البينة على القتل، ولا يقتل القاتل قصاصًا، فإن عاد الغائب، فليس لهما أن يقتلاه بتلك البينة، بل لابد لهما من إعادة تلك البينة ليقتلاه، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: لا يعيد، ولو كان القتل خطأ، أو دينًا لا يعيدها بالإجماع.

لهما أن البينة متى أقامها من له الخصومة تكون معتبرة ملزمة، فلم يجب إعادتها بعد ذلك، وأحد الورثة ينتصب خصمًا عن نفسه، وعن شركاءه فيما يدعى للميت، وعلى الميت كما فى دعوى الخطأ ودعوى المال.

ولأبى حنيفة أن القصاص غير موروث؛ لأنه يثبت بعد الموت للتشفى ودرك الثأر، والميت ليس من أهله، وإنما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب العقد للميت أن يقومون مقامه، فيستحقونه ابتداء من غير أن يثبت للميت، كالعبد يقبل الهبة يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق الخلاف عنه، وإنما كان كذلك لأن القصاص ملك الفعل فى المحل بعد موت المجروح، ولا يتصور الفعل من الميت، ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح، وإنما يصح عفو المجروح؛ لأن السبب انعقد له، وفى قوله تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِ سُلْطَانًا﴾ نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء، بخلاف الدية والدين؛ لأن الميت أهل لملك المال. (الزيلعى بحذف والتكملة)

(٣) أى لو كان القتل خطأ، أو كان المدعى دينًا لا يبينها على شخص، فأقام الحاضر بينة

بعد حضور الغائب أيضًا

لا، فإن[١] أثبت القاتل عفو الغائب لم يقتل[٢]، وكذا[٣] لو قتل

أى عبد رجلين حالية

عبدهما، وأحدهما غائب، وإن شهد[٤] وليان بعفو ثالثهما

أى الشاهدين الوليين القاتل أى الشاهدين الوليين فى العفو دون الولى المشهود عليه شهادتهما

لغت، فإن صدقهما القاتل، فالدية لهم أثلاثًا[٥]، وإن[٦] كذبهما

وهو الولى المشهود عليه أى الشاهدان أى أن فلانًا ضرب فلانًا

فلا شيء لهما، وللآخر ثلث الدية، وإن شهد أنه ضربه، فلم

عليه، ثم حضر الغائب، فلا يعيد البينة إجماعًا. (ع)

(١) قوله: "فإن" معناه أن القاتل لو أقام بينة أن الغائب قد عفا عنه كان الحاضر خصمًا، وسقط القصاص، ولا تعاد البينة لو حضر؛ لأنه ادعى حقًا على الحاضر، وهو سقوط حقه فى القصاص، وانقلاب نصيبه مالا، ولا يتمكن من إثباته إلا بإثبات العفو من الغائب، فانتصب الحاضر خصمًا عن الغائب فى الإثبات عليه بالبينة، فإذا قضى عليه صار الغائب مقضيًا عليه تبعًا. (التكملة)

(٢) اختلف النسخ هنا، ففى بعضها كما فى المتن، وفى البعض لم يقدر -أى لم يقتص- وهو الأصح عندنا، وفى بعضها لم يعد، أى لا تعاد البينة. (عز)

(٣) قوله: "وكذا" أى لو كان عبد بين رجلين، فقتل عمدًا، وأحد المولين غائب، فحكمه مثل ما ذكرنا فى الوليين حتى لا يقتل ببينته أقامهما الحاضر من غير إعادته بعد عود الغائب.

ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا، فالشاهد خصم، فيسقط القصاص لما بينه. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن شهد" أى إذا كان أولياء المقتول ثلاثة، فشهد اثنان منهم على الثالث أنه عفا، فشهادتهما باطلة؛ لأنهما يجرّان إلى أنفسهما نفعا، وهو انقلاب القود مالا، وهو عفو منهما؛ لأنهما زعما أن القصاص قد سقط وزعمهما معتبر فى حق أنفسهما. (الزيلعى)

(٥) قوله: "أثلاثًا" لأنه بتصديقه إياهما أقر لهما بثلثى الدين، فيلزمه لكن يزعمون كلهم أن نصيب الولى المشهود عليه قد سقط بعفوه، وهو ينكر، فلا يقبل قولهم عليه، ويحول نصيبه أيضًا مالا، فوجب عليه كل الدية. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وإن" أى إن كذبهما القاتل أيضًا بعد أن كذبهما الولى المشهود عليه بالعفو، فلا شيء للوليين الشاهدين؛ لأنهما بشادتهما عليه بالعفو أقر ببطلان حقهما فى القصاص، فصح إقرارهما فى حق أنفسهما، وادعيا انقلابه مالا، فلا يصدق دعواهما إلا ببينة، وللولى المشهود عليه ثلث الدية؛ لأن دعواهما العفو عليه، وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه، فينقلب نصيبه مالا؛ لأن سقوط القصاص مضاف إليهما، وإن صدقهما الولى المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولى المشهود عليه؛ لأنه أقر له بذلك. (الزيلعى)

يزل صاحب فراشٍ حتى مات، يُقتص[١]، وإن اختلف شاهد القتل فى الزمان[٢]، أو المكان[٣]، أو فيما به[٤] القتل، أو قال أحدهما: إنه قتله بِعصاً، أو قال الآخر: لم أدر بما ذا قتله بطلت[٥] الشهادة فى الكل، وإن شهدا أنه قتله.

وقالا: لم ندر بما ذا قتله تجب[٦] الدية في ماله ثلاث سنين استحسانًا، وإن[٧] أقرّا أن كلا

---

(١) لأن الثابت بالنية كالثابت معاينة، وفى ذلك القصاص، ولا يحتاج الشاهدان أن يقول: مات من جراحة.

(٢) بأن قال أحدهما: قتله يوم الخميس، وقال الآخر: يوم الجمعة.

(٣) بأن قال أحدهما: قتل فى بيته، وقال الآخر: قتله فى السوق.

(٤) كشهادة أحدهما بالقتل بالسيف، والآخر بالسكين.

(٥) قوله: "بطلت" لأن القتل لا يتكرر، فالقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى مكان آخر، أو زمان آخر، وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى، وتختلف الأحكام باختلاف الآلة، فكان على كل قتل شهادة فرد، فلم يقبل.

ولأن اتفاق الشاهدين شرط للقبول، فلم يوجد، ولأن القاضى تيقن بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع، وذكرنا فلا يقتل بمثل، وكذا لو كمل النصاب فى كل واحد منهما لتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين، وعدم الأولوية بالقبول.

بخلاف ما إذا كمل أحد الفريقين دون الآخر، حيث يقبل الكامل منهما لعدم العارض، وأما إذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر: لا أدرى بما ذا قتله؛ فلأن المطلق يغاير المقيد؛ لأنه معدوم والمقيد موجود فاختلفا، وكذا أيضًا حكمهما مختلف، فإن من قال: قتله عصا يوجب الدية على العاقلة، ومن قال: لا أعلم على القاتل، فاختلف المشهود به فبطلت، وهو المراد بقوله: أو قال أحدهما: قتله بعصا، وقال الآخر: لم أدر بما ذا قتله.

وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة، والآخر على إقرار القاتل بذلك، كان باطلا لاختلاف المشهود به، فإن أحدهما فعل، والآخر قول. (الزيلعى)

(٦) قوله: "تجب" استحسانًا، والقياس بطلان هذه الشهادة؛ لأن القتل يختلف باختلاف الآلة، فجهل المشهود به، وجه الاستحسان أنهم شهد، ويقتدر مطلق، والمطلق ليس بمجمل، فيجب الحل، بموجبه وهو الدية. (الكشف)

(٧) قوله: "وإن أقر" أى إن أقرّ رجلان كل واحد منهما أنه قتل فلانًا، فقال الولى:

أى من الرجلين أى فلانًا أى قتل المقرين
منهمـــا قتله، وقـال الولى: قتلتمـاه جميـعًا، فله قتلهما ولـــو
وباقى المسألة بحالها الشهادتان
كـان مكان الإقرار شهادة لغت.

باب فى اعتبار حالة القتل(١)

تفريع على ما قبله فى ماله
المعتبر حالة الرامى(٢)، فتجب(٣) الدية بردة المرمىّ إليه قبل

قتلتما جميعًا، فله أن ينتهما، وإن شهد آخران على رجل أنه قتله فلانًا، وشهد آخران على أنه قتله، وقال الولى: قتلتما جميعًا، بطلت الشهادة، وليس له أن يقتل واحدًا منهما، وهو المراد بقوله: ولو كان مكان الإقرار شهادة لغت، والفرق بينهما أن كل واحد من الإقرار والشهادة ينبئ أن كل القتل وجد من المقر، والمشهود عليه، ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده؛ لأن معنى قوله: أنا قتلته انفردت بقتله، وكذا قول المشهود وقتله فلان يوجب انفراده بالقتل، وقول الولى قتلتماه جميعًا تكذيب لبعضه، حيث ادعى اشتركهما فى القتل، فكأنه قال: لم ينفرد بقتله بل شاركه آخر، وهذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة؛ لادعّاءه قتلهم به دون الإقرار؛ لأن نسق المفتى لا يمنع صحة الإقرار.

ولو قال فى الإقرار: صدقتما ليس له أن يقتل واحدة منهما؛ لأن تصديقه كل واحد منهما يدعى الانفراد بالقتل، فتصديقه يوجب ذلك، فصار كأنه قال لكل واحد منهما: قتلته وحدك، ولم يشاركك فيه أحد، كما تقول، فيكون مقرًا بأن الآخر لم يقتله، بخلاف الأول، وهو ما إذا قال: قتلتما، ولأنه دعوى القتل من غير تصديق لهما، فيقتلهما بإقرارهما. (الزيلعى)

(١) لما كانت الأحوال صفات لذواتها ذكرها بعد القتل وما يتعلق به.

(٢) لأن الضمان يجب بفعله فلا فعل منه بعد الرمى.

(٣) قوله: "فتجب" أى إذا رمى رجل رجلا مسلمًا، فارتد المرمىّ إليه -والعياذ بالله- قبل وصول السهم إليه، ثم وقع السهم به يجب على الرامى الدية، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله: لا شىء عليه؛ لأن التلف حصل فى محل لا عصمة له، وإتلاف غير المعصوم هدر.

ولأبى حنيفة أن الضمان يجب بفعله، وهو الرمى، إذ هو الذى يدخل تحت قدرته دون الإصابة، ولا فعل له أصلا بعده، فيصير قاتلا بعد الرمى، والمرمىّ إليه متقوم فى تلك الحالة، ألا ترى أنه لو رمى إلى صيد وهو مسلم، ثم ارتد -والعياذ بالله-، فأصاب السهم الصيد وهو مرتد، فجرح الصيد ومات، حل له أكله، وكان القياس أن يجب القصاص لما ذكرنا، لكن فيه شبهة لسقوط العصمة فى حالة التلف، فتجب الدية. (ز بحذف)

أى لا يجب شيء بإسلام المرمى إليه   أى تجب القيمة   بعد الرمى قبل الإصابة

الوصول، لا[1] بإسلامه، والقيمة[2] بعتقه، ولا يضمن[3]

أى الشاهدين الوليين فى العفو   قبل الإصابة   أى أكله

الرامى برجوع شاهد الرجم بعد الرمى، وحلّ[4] الصيد

لا يحل   بعد الرمى   أى لا يجب الجزاء

بردة الرامى لا بإسلامه، ووجب[5] الجزاء بحله لا بإحرامه.

---

(١) قوله: "لا" أى لا يجب إسلام المرمىّ إليه بأن رمى إلى حربى أو مرتد، فأسلم قبل الإصابة، ثم أصابه بعد ما أسلم، وهذا بالإجماع؛ لأن الرمى لا ينعقد موجبًا للضمان لعدم تقوّم المحل، فلا ينقلب موجبًا بصيرورته متقوّمًا بعد ذلك، وهذا كله يشهد لأبى حنيفة رحمه الله تعالى. (الزيلعى)

(٢) قوله: "والقيمة" معناه أن رجلا لو رمى إلى عبد فأعتقه المولى بعد الرمى قبل الإصابة، ثم أصابه، فمات عنه لزمته قيمة عبد عند الشيخين؛ لأنه يصير قاتلا من وقت الرمى، وقد كان هو مملوكًا فى تلك الحالة، فتجب قيمة عبد.

وعند محمد عليه فضل ما بين قيمته مرميًا وغير مرمىّ؛ لأن توجه السهم عليه يوجب إشرافه على الهلاك حتى لو كانت قيمته قبل الرمى ألفًا، وبعده ثمان مائة، يلزم الرامى مئتان، وقال زفر: تجب عليه الدية؛ لأن الرمى يصير علة عند الإصابة، إذ علة الإتلاف لا تصير من غير تلف يتصل به، وقد تلف به الحى. (الزيلعى والمجمع)

(٣) قوله: "ولا يضمن" معناه إذا قضى القاضى على رجل فرماه رجل، ثم رجع أحد النقمة بعد الرمى قبل الإصابة، ثم وقع عليه الحجر، فلا شيء على الرامى، لما أن المعتبر حالة الرمى، وهو مباح الدم فيها. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وحل" معناه إذا رمى مسلم صيدًا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد، حل أكله، ولو رماه وهو مجوسى، فأسلم قبل الوقوع لا يحل أن المعتبر حالة الرمى فى حق الحل والحرمة. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ووجب" أى لو رمى المحرم صيدًا، فحل قبل الإصابة، ثم أصابه وجب عليه الجزاء، وإن رماه وهو حلال، فأحرم قبل الإصابة، فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء؛ لأن الجزاء يجب بالتعدّى، وهو الرمى فى حالة الإحرام، ووجد ذلك فى الأول دون الثانى، والأصل فى مسائل هذا الباب أن المعتبر وقت الرمى بالاتفاق، وإنما عدل أبو يوسف ومحمد رحمه الله تعالى عن ذلك فيما إذا رمى إلى مسلم فارتد -والعياذ بالله- تعالى قبل الإصابة باعتبار أنه صار مبرئًا له على ما بينا فى أول هذا الفصل. (الزيلعى)

كتاب[1] الديات[2]

وهى التى طعنت فى السن الثانية
ديةُ شبه العمد مائةٌ من الإبل أرباعًا[3] من بنت مخاضٍ إلى

---

(١) قوله: "كتاب" ذكر مسائل كتاب الديات بعد كتاب الجنايات؛ لأن الدية أحد موجبى الجناية فى الآدمى، ولكن لما كان القصاص أعلاهما وأقواهما قدمه؛ لأن معنى الإحياء والصيانة فيه أكثر. (الشلبى)

(٢) قوله: "والديات" الدية مصدر وَدَى القاتل المقتول، إذا أعطى وليه المال الذى هو بدل النفس، وتركيبها بدل على الجرى، والخروج، ومنه الوادى إذ الماء يدى منه، أى يجرى، وتاءها عوض عن الواو فى أولها، كما فى عدة.

وفى الشرع: اسم للمال الذى هو بدل النفس، لا تسمية للمفعول بالمصدر؛ لأنه من المنقولات الشرعية، والأرش اسم للواجب فيما دون النفس. (الدرّ والطحطاوى)

(٣) قوله: "أرباعًا" أى خمس وعشرون بنت مخاض، وخمس وعشرون بنت لبون، وخمس وعشرون حقة، وخمس وعشرون جذعة.

وقال محمد والشافعى وأحمد فى رواية: أثلاثًا، ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون ثنية كلها خلفات، وجميع الثنيات حوامل.

الثنية: وهى الطاعنة فى السادسة؛ لما أخرجه الترمذى وقال: حديث حسن غريب عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن رسول الله ﷺ قال: «من قتل مقصدًا دفع إلى أولياء المقتول فإن شاؤوا قتلوا وإن شاؤوا أخذوا الدية»، وهى ثلاثون حقة، وثلاثون جذعة، وأربعون حقة، وما صالحوا عليه فهو لهم.

ولنا ما أخرجه أبو داود، وسكت منه، ثم المنذرى بعده عن علقمة والأسود قال: قال عبد الله فى شبه العمد خمس وعشرون جذعة، وخمس وعشرون بنات لبون، وخمس وعشرون بنات مخاض، وهذا وإن كان موقوفًا إلا أنه فى حكم المرفوع؛ لأن المقادير لا تعرف بالرأى.

وما أخرجه ابن حبان فى "صحيحه" فى كتابه ﷺ إلى عمرو بن حزم: «أن فى نفس المؤمن مائة من إبل»، والمراد أدنى ما يكون منه، وما قلناه أولى؛ ولأن دية شبه العمد أغلظ من دية الخطأ المحض، وذلك فيما قلنا؛ لأنهما فى الخطأ المحض تجب أخماسًا؛ ولأن الجنين كالمتصل من وجه، فيكون فى معنى الزيادة على المائة، وهى لا تجوز.

ولأن الديات تعتبر بالصدقات؛ لأنها تجب على العاقلة بطريق الصلة للقاتل كالصدقات، والشرع نهى عن أخذ الحوامل فى الصدقات؛ لأنها كرام أموال الناس، فكذا فى الديات. (الزيلعى

وهى التى طعنت فى سنة الخامسة — لا غيرها بالإجماع — أى والدية فى الخطأ

جـذعـة، ولا[١] تغليظ إلا فى الإبل، والخطأ مـائة من الإبل

عشرون — عشرون — عشرون — عشرون — عشرون

أخماسًا[٢] ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة

عشرون — من الذهب — من الورق

وجذعة، أو ألف[٣] دينار، أو عشرة آلاف درهم،

أى كفارة القتل خطأ أو شبه العمد — أى الذى — أى القرآن

وكفارتهما[٤] ما ذكر فى النص، ولا يجوز[٥] الإطعام

وشرح النقاية بحذف)

(١) قوله: "ولا" حتى لو قضى القاضى بتغليظ الدية من غير الإبل لم تتغلظ، ولم ينفذ قضاءه؛ لأن التعزيرات لا يعرف إلا بالسمع، ولم يرد التغليظ من الشارع إلا فى الإبل. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أخماسًا" وقال مالك والشافعى والليث والربيعة مكان عشرين ابن مخاض عشرين ابن لبون؛ لما فى الكتب الستة من حديث سهيل بن أبى خيثمة فى الذى رواه النبى ﷺ بمائة من إبل الصدقات، وبنو المخاض لا مدخل لها فى الصدقات.

ولنا أخرجه أصحاب السنن الأربعة عن عبد الله بن مسعود قال: قال رسول الله ﷺ فى دية الخطأ: «عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون بنى مخاض ذكور».

وأجاب أصحابنا عن الذى رواه النبى ﷺ من إبل الصدقة بأنه ﷺ تبرع بذلك ولم يجعله حكمًا، وقال النووى فى "شرح مسلم": المختار ما قاله الجمهور أصحابنا وغيرهم من أن معناه أنه ﷺ اشتراها من إبل الصدقات بعد أن ملكوها، ثم دفعها تبرّعًا منه إلى القتيل... اهـ.

وقيل: لا حجة فيه؛ لأنهم لم يدعو على أهل خيبر إلا قتله عمدًا، فيكون ديته دية العمد، وهى من أسنان الصدقة، وإنما الخلاف فى الخطأ. (شرح النقاية)

(٣) قوله: أو ألف" أى الدية من الذهب ألف دينار، ومن الورق عشرة آلاف درهم، وقال الشافعى ومالك رحمهما الله: الدية اثنا عشر ألف درهم؛ لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا قتل، فجعل النبى ﷺ ديته اثنى عشر ألفًا، رواه أبو داود والترمذى؛ لأنه لا خلاف أنها من الدنانير ألف دينار، وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله ﷺ اثنى عشر درهمًا.

ولنا ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى ﷺ قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم، وما قلنا: أولى للتيقن به؛ لأنه أقل. (الزيلعى وتمامه فى الزيلعى)

(٤) قوله: "وكفارتهما" أى كفارة القتل خطأ وشبه عمد هو الذى ذكر فى القرآن، وهو الإعتاق، والصوم على الترتيب متتابعًا، كما ذكر فى النص، قال الله تعالى: ﴿فَتَحرِيرُ رَقَبَةٍ مّؤمِنَةٍ﴾، وشبه العمد خطأ فى حق القتل، وإن كان عمدًا فى حق الضرب، فتشهد لهما الآية، ولا

والجنين[١]، ويجوز[٢] الرضيع لو أحُد أبويـه مسلماً، ودية المرأة على النصف[٣] (وهو الأطراف) من دية الرجل فى النفس وفيمـا دونها، ودية المسلم والذمى (والمستأمن) سواء[٤].

يختلفـان فيه ؛ لعدم النقل بالاختلاف، بخلاف الدية حيث تجب فى شبه العمد مغلظة لوجود التوقيف فى التغليظ فى شبه العمد دون الخطأ، والمقادير لا تجب إلا سماعًا. (الزيلعى)

(٥) قـوله : "ولا يجوز" وقـال الشـافعى فى قـول، وأحـمـد فى رواية : إن لم يقـدر على الصيام يجب إطعام ستين مسكينًا ؛ لأنها كفارة فيها عتق وصيام شهرين متابعين، فكان فيها إطعام ستين مسكينًا عند عـدمهـمـا ككفارة الظهار، والفطر فى رمضـان، ولنا أن المقادير لا تعـرف إلا بالنص، ولم يرد فى الإطعام شىء. (شرح النقاية)

(١) أى لا يصح فى عتق الكفارة الحمل ؛ لأن لم تعلم حياته ولا سلامة أطرافه.

(٢) قوله : "ويجوز" لأنه مسلم تبعًا له، والظاهر سلامة أطرافه على ما عليها الجبلة، ولا يقال : كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة أطرافه، حتى جاز التكفير به، ولم يكتفِ بذلك فى حق وجوب الضمان بإتلاف أطرافه ؛ لأنا نقول : الحاجة فى التكفير إلى دفع الواجب، والظاهر يصلح حجة للدفع، والحاجة فى الإتلاف إلى إلزام الضمان، وهو لا يصلح حجة فيه. (الزيلعى)

(٣) قـوله : "على النصف" وقد ورد هذا اللفظ مـوقوفًا عن على رضى الله عنه، أخرجـه إبراهيم، أو مرفوعًا إلى النبى ﷺ، وقال الشافعى رحمه الله : ما دون الثلث لا يتضف، وأما فيه زيد بن ثابت رضى الله عنه.

ولنا عموم ما روينا ؛ ولأن هذا يؤدى إلى المحال، وهو ما إذا كان أملها أشد، ومصابها أكثر إن يقل أرشها، بيانه : أنه لو قطع أصبع منها يجب عشر من الإبل، ولو قطع إصبعًا يجب عشرون، وإذا قطع ثلاث يجب ثلاثون ؛ لأنها تساوى الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث، ولو قطع أربعة يجب عشرون للتنصيف فيما هو أكثر من الثلث، فقطع الرابعة لا يوجب شيئًا، بل يسقط ما وجب لقطع الثالثة، وحكمة الشارع تنافى ذلك، فلا يجوز نسبة إليه ؛ لأن من المحـال أن تكون الجناية لا توجب شيئًا شرعًا، وأقبح منه أن تسقط ما وجب بغيرها. (الكشف والزيلعى)

(٤) قـوله : "سـواء" وقـال الشـافعى : دية اليـهـودى والنصـرانى أربعـة آلاف درهم، ودية المجوسى ثمـانمائة، وقال مـالك : دية اليـهـودى والنصـرانى سـتـة آلاف درهم، لمالك قـوله عليـه السلام : «عـقل الكافر نصف عـقل المسلم»، هذا لفظ الترمذى، والكل عنده اثنا عشـر ألفًا، وللشـافعى مـا روى أنه عليـه السلام : «جـعل دية النصـرانى واليـهـودى أربعـة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم»، رواه عبد الرزاق فى "مصنفه".

ولنا قـوله عليـه السلام : «دية كل ذى عـهـد فى عـهـده ألف دينار»، أخـرجـه أبو داود فى "مراسيله"، وكذا قضى أبو بكر وعمر رضى الله عنهما، وما رواه الشافعى رحمه الله لم يعرف،

في بيان ديات الأطراف

فصل

أى منع النطق — أى حشفة الذكر — أى ذهب بالضرب

فى[(١)] النفس[(٢)] والمارن[(٣)] واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشمّ والذوق واللحية[(٤)] إن لم تنبُت وشعر

ولم يذكر فى كتب الحديث، وما رويناه أشهر مما رواه مالك، فإنه ظهر عمل الصحابة رضى الله عنهم به.

فعن الزهرى أن أبا بكر وعمر يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم، وعن ابن مسعود مثل دية المسلم، وعن الزهرى أيضًا كان دية الذمى مثل دية المسلم على عهد رسول الله ﷺ وأبى بكر وعمر وعثمان، فلما كان زمن معاوية جعلها على النصف. (الكشف)

(١) قوله: "فى" اعلم أن الجناية إذا فوتت منفعة على الكمال، أو زالت جمالا مقصودًا فى الآدمى على الكمال تجب الدية؛ لأن ذلك إتلاف النفس من وجه، وإتلاف النفس من وجه ملحق بإتلافها من كل وجه إذا عرفت هذا ففى كل ما ذكره الشيخ ما ألقينا عليك، أما النفس فظاهر، وأما المارن واللسان فلفوات الجمال، وأما العقل فلأن بذهابه مذهب منافع الأعضاء كلها؛ لأن أفعال المجنون تجرى مجرى أفعال البهائم، وأما السمع فلأنه بفواته يفوت جنس المنفعة على الكمال وهو منفعة الاستماع.

وأما الشم فلأنه بفواته يفوت إدراك الروائح الطيبة، والتفرقة الرائحة الطيبة والخبيثة، وأما الذوق فلأن بفواته يفوت إدراك الحلاوة والمراءة والحموضة، أما الحية وشعر الرأس، أى إذا حلقهما ولم ينبت، تجب فى كل منهما دية كاملة؛ لأنه أزال جمالا على الكمال، وأما ما يكون مزدوجًا فى الأعضاء كالعينين واليدين، ففى قطعهما كمال الدية، وفى قطع أحدهما نصف الدية.

وأصل ذلك ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال: «فى العينين الدية وفى أحدهما نصف الدية وفى الرجلين الدية وفى أحدهما نصف الدية»؛ ولأن تفويت اثنين منها تفويت المنفعة، أو تفويت الجمال على الكمال، وفى تفويت الرجلين تفويت منفعة المشى، وفى تفويت منفعة الأمناء والنسل، وفى ثدى المرأة تفويت منفعة الإرضاع، بخلاف ثدى الرجل؛ لأنه ليس فيه تفويت المنفعة، ولا الجمال على الكمال، فيجب فيه حكومة عدل. (عز)

(٢) النفس مع ما عطف عليه خبر مقدم، وقوله: الدية بعد السطر مبتدأ، وإنما ذكر دية النفس فى أول هذا الفصل مع أنه معقود البيان أحكام الدية فيما هو تبع لهما، وهو الأطراف تمهيدًا لذكر ما بعده وتبركًا بلفظ الحديث. (زيادة)

(٣) وهو ما لان من الأنف و فضل عن القصبة.

(٤) يعنى إذا حلق اللحية أو الرأس، ولم ينبت الشعر، فتجب الدية فى كل واحد منهما؛ لأنه أزال جمالا على الكمال.

فيهما الدية
الرأس والعَينين واليدين والشفتين والحاجبين والرِجلين والأُذنين

أي خصيتين الكاملة
والأنثيين وثديي المرأة(١) الدية، وفي(٢) كل واحد من هذه

أراد به ما هو مزدوج من هذه الأعضاء المذكورة إذا فعلها ولم تنبت
الأشياء نصف الدية، وفي أشفار(٣) العينين دية، وفي(٤) أحدها

رُبعها(٥)، وفي كل أصبع من أصابع اليدين والرجلين

أي الأصابع التي فيها...إلخ جمع مفصل
عُشرها(٦)، وما(٧) فيها مفاصل، ففي أحدها ثلث دية أصبع

---

(١) بخلاف ثدي الرجل؛ لأنه ليس في تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال، فتجب فيهما حكومة عدل.

(٢) قوله: "وفي" أي وفي كل واحد مما هو اثنان في البدن كالأذن والشفة واليد والرجل مثل نصف الدية؛ لأن النبي ﷺ كتب لعمرو بن حزم رضي الله تعالى عنه، وفي العينين كل الدية، وفي أحدهما نصف الدية. (المجمع)

(٣) جمع شفر بالضم أصل منبت الشعر في حرب الجفن مذكر ويفتح.

(٤) لفوات الجمال منفعة رفع الأذى من العين.

(٥) لأن الواجب في الكل كل الدية، وهي أربعة ففي أحدها ربعها.

(٦) قوله: "عشرها" لما أخرجه الترمذي وقال حسن صحيح وابن حبان في "صحيحه"، وقال ابن القطان في كتابه: رجال اسناده كلهم ثقات، ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: «دية أصابع اليدين والرجلين سواء عشرة من الإبل لكل أصبع»، ورواه أحمد في "مسنده"، ولفظه أن النبي ﷺ سوى بين الأصابع والأسنان في الدية.

وما أخرجه بجماعة إلا مسلم عن ابن عباس قال: قال رسول الله ﷺ: هذه وهذه سواء، يعني الإبهام والخنصر؛ ولأن في قطع بكل تفويت جنس المنفعة البطش، وفيه دية كاملة، وهي عشرة، فتنقسم عليهما. (شرح النقاية)

(٧) قوله: "وما" وإذ لم يقطع أصبعًا كاملة، بل قطع بعض مفاصلها، فينظر إذا كانت الأصابع ذات مفاصل ثلثه حفى كل مفصل منها ثلاثة دية ءصبع كاملة، فدية الأصبع ألف، فيجب في أحد المفاصل ثلث الألف، وإذا كانت ذات مفصل كالإبهام، ففي كل مفصل نصف عشر الدية اعتبارًا لانقسام دية الأصبع على مفاصله بانقسام دية اليد على الأصابع. (عز)

أى نصف دية إصبع أى فى الإصبع
ونصفها لو فيها مفصلان، وفى كل سنّ خمس[١] من الإبل،
بضرب ضارب كاملة
أو خمس مائة درهم، وكلّ[٢] عضو ذهب نفعه فيه دية كيد
بالضرب بالضرب
شلّت وعينٍ ذهب ضوءها.

(١) قوله: "خمس" أى يجب عشر الدية وهو خمس من الإبل، أو خمس مائة درهم فى قلع كل سن إذا كان خطأ، سواء كان ضرسًا أو ثنية؛ لقوله عليه الصلاة والسلام: «وفى كل السن خمس من الإبل»، رواه أبو داود وبهذا اللفظ؛ لأن الكل فى أصل المنفعة وهو المضغ سواء، وبعضها وإن كان فيه زيادة منفعة، لكن فى البعض الآخر جمال، وهو كالمنفعة فى الآدمى، وإنما قيدنا بالخطأ؛ لأن العمد فيه القصاص، ولو قلع جميع أسنانه تجب ستة عشر ألفًا، وليس فى البدن عضو دية أكثر من دية النفس سوى الأسنان، وفيه إيماء إلى أن موت الإنسان هون من فوت الأسنان. (شرح النقاية والكشف)

(٢) قوله: "وكل" أى إذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه، ففيه دية كاملة، كما إذا ضرب يده، فشلت به أو عينه فذهب ضوءها به؛ لأن وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة، فإذا زالت منفعة كلها وجب عليه موجبه كله، ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة. (الزيلعى)

فصل[1] فى الشجاج[2]

جمع شجة

فى[3] الموضحة نصف عشر الدّية، وفى الهاشمة عشرها، وفى المنقّلة عشر ونصف عشر، وفى الامّة أو الجائفة[4] ثلثُها، فإن نفذت الجائفة فثلثاها[5]، وفى الحارصة والدامعة والدامية

من الدية — أي ثلثا الدية — بالعين المهملة

(١) قوله: "فصل" فصل أحكام الشجاج بفصل على حدة لتكاثر مسائل الشجاج اسمًا وحكمًا. (المجمع)

(٢) قوله: "الشجاج" اعلم أن الشجة تختص بما يكون بالوجه والرأس لغة، وما يكون بغيرهما فجراحة أى تسمى جراحة، وفيها حكومة عدل، والشجاج عشرة: الحارصة -بمهملات- وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه، والدامغة -بمهملات- التى تظهر الدم كالدمع، ولا تسيله، والدامية التى تسيله، والباضعة التى تبضع، أى تقطعه.
والمتلاحمة التى تأخذ فى اللحم، والسمحاق التى تصل إلى السمحاق، أى جلدة رقيقة بين اللحم وعظم الرأس، والموضحة التى توضح العظم أى تظهر، والهاشمة التى تهشم العظم أى تكسره، والمنقلة التى تنقله بعد الكسر، والامة التى تصل إلى أم الدماغ، وهى الجلدة التى فيها الدماغ وبعدها الدامغة -بغين معجمة- وهى التى تخرج الدماغ، ولم يذنوها محمد للموت بعدها عادة، فتكون قتلا لا شجًا، فعلم بالاستقرار بحسب الآثار أنها لا تزيد على العشرة. (الدر المختار بتغيير)

(٣) قوله: "فى" إلى قوله ثلثها؛ لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبى ﷺ قال: وفى الموضحة خمس من الإبل، وفى الهاشمة عشر فى المنقلة خمسة عشر، وفى الآمّة، ويروى المامومة ثلث الدية (أخرجه النسائى وأبو داود) ولقوله عليه السلام فى كتاب عمرو بن حزم الذى أخرجه النسائى وأبو داود فى المامومة ثلث الدية، وفى الجائفة ثلث الدية، وفى المنقلة خمس من الإبل، وليس فيه ذكر الهاشمة. (شرح النقاية والكشف)

(٤) قوله: "الجائفة [هى الجراحة التى وصلت إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنين]" اعلم أنهم اختلفوا فى تفسير الجائفة على قولين، فمن قال: الجائفة ما يصل إلى الجوف من الصدر والبطن والظهر والجنب، قال: ذكر الجائفة ههنا اتفاقى، ذكرها الشيخ فى هذا الفصل لاستواء الأمة والجائفة فى الحكم، ومن قال: الجائفة تكون فى جوف الرأس أو فى جوف البطن، فلا يكون ذكرها اتفاقًا عنده. (عز)

(٥) قوله: "فثلثاها" لما روى عن أبى بكر الصديق رضى الله تعالى عنه أنه حكم فى جائفة نفذت إلى الجانب الآخر بثلثى الدية، ولأنها إذا نفذت وصارت جائفتين، فتجب فى كل واحدة

بالضاد المعجمة والعين المهملة — بكسر المهملة وسكون الميم والحاء المهملة — بالإجماع

والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة(١) عدل، ولا(٢)

الواحدة

قصاص فى غير الموضحة، وفى أصابع اليد نصف(٣) الدية

واصل بما قبله — أى فى قطع الكف مع قطع نصف — أى يجب هو ما بين الكف والمرفق

ولو(٤) مع الكف، ومع نصف الساعد نصف الدية

حالية

وحكومة(٥) عدل، وفى(٦) قطع الكف وفيها أصبع أو أصبعان

منهما الثلث. (المجمع)

(١) قوله: "حكومة" إنما تجب حكومة عدل لما روى محمد بن الحسن فى "كتاب الآثار": أخبرنا أبو حنيفة عن حماد بن إبراهيم عن شرع قال فى الجائفة ثلث الدية إلى أن قال: وفى غير ذلك من الجراحات حكومة عدل، واختلفوا فى تفسير هذه الحكومة.

قال الطحاوى تفسيرها: أن يقوم مملوكًا بدون هذا الإثم يقوم دية هذا الأثر ثمه ينظر إلى تفاوت ما بينهما، فإن كان ثلث عشر القيمة مثلا، يجب ثلث عشر الدية، وإن كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية.

وقال الكرخى: ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة، فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية؛ لأن ما لا نص فيه يرد إلى المنصوص. (شرح النقاية بتصرّف والتكملة)

(٢) قوله: "ولا" لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيه؛ لأن ما دون الموضحة ليس له حد ينتهى إليه السكين، وما فوقها كسر العظم، ولا قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام: «لا قصاص فى العظم»، وهذا رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه، وفى ظاهر الرواية: يجب القصاص فيما دون الموضحة، ذكره محمد رحمه الله فى الأصل، وهو الأصح؛ لأنه لا يمكن اعتبار المساواة فيه، إذ ليس فيه كسر العظم، ولا خوف التلف كالجائفة، فيسير عورها بسبار، ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع، فيتحقق استيفاء القصاص بذلك، وفى الموضحة إن كانت عمدًا؛ لما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فى الموضحة»، ولأن المساواة فيها ممكنة بإنهاء السكين إلى العظم فيتحقق استيفاء القصاص. (الزيلعى)

(٣) قوله: "نصف" لأن فى كل إصبع عشرًا من الإبل؛ لما روينا، فيكون فى الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف؛ ولأن فى قطع الأصابع تفويت منفعة البطش، وهو الموجب على ما مر. (الزيلعى)

لكن أغنى عن هذه المسألة قوله فى الفصل السابق: وفى كل إصبع... إلخ، إلا أن يقال: إن هذه توطئة إلى بيان قطع الكف مع الأصابع. (الكشف)

(٤) يعنى لا يزيد الأرش بسبب الكف؛ لأنهما تابعة الأصابع.

(٥) قوله: "وحكومة" وهو رواية عن أبى يوسف، وعنه أن ما زاد على أصابع اليد

أى عشر الدية إذا كان فيها إصبعان
عشرها[١]، أو خمسها، ولا شيء في الكف، وفي[٢] الأصبع الزائدة وعين الصبي وذكره ولسانه إن لم يعلم صحته بنظر
فى العين فى اللسان
وحركة[٣]، وكلام حكومة عدل[٤].

والرجل فهو تبع إلى المنكب وإلى الفخذ؛ لأن الشرع أوجب فى اليد الواحدة نصف الدية، واليد اسم لهذه الجارحة إلى المنكب، فلا يزيد على تقدير الشارع.

ولهما أن اليد آلة باطنة، والبطش يتعلق بالكف والأصابع، دون الذراع، فلم يجعل الذراع تبعًا فى حق التضمين. (المجمع)

(٦) قوله: "وفى" أى إذا كان فى الكف أصبع أو إصبعان، فقطعها يجب عشر الدية فى الأصبع الواحدة، وخمسها فى أصبعين، ولا يجب فى الكف شيء، وهذا عند الإمام؛ لأن الأصابع أصل حقيقة؛ لأن منفعة اليد وهى القبض والبطش قائمة بها، وكذا حكمًا؛ لأنه عليه الصلاة والسلام جعل الدية بمقابلة الأصابع، حيث أوجب فى اليد نصف اليد، وجعل فى كل أصبع عشرا من الإبل، ومن ضرورة أن يكون كلها بمقابلة أصابع كل الكف، والأصل أولى باعتبار، وإن قل، ولا تظهر التابع بمقابلة الأصل، ولا يعارض حتى يصار إلى الترجيح بالكثرة، ولئن تعارضا، فالترجيح بالأصل حقيقةً وحكمًا أولى من الترجيح بالكثرة.

وعندهما: يجب الأكثر من أرش الكف ودية الأصبع والأصبعين، ويدخل الأقل فى الأكثر؛ لأنه لا وجه للجمع بين الأرشين؛ لأن الكل شيء واحد، ولا إلى إهدار أحدهما؛ لأن كل واحد أصل من وجه، فرجحنا بالكثرة.

وإن كان فى الكف ثلاث أصابع، فدية الأصابع، ولا شيء فى الكف إجماعًا؛ لأن الأصابع أصول، وللأكثر حكم الكل، فاستبقت الكف كما إذا كانت الأصابع قائمة. (المجمع بتصرّف)

(١) راجع إلى ما إذا كان فيها أصبع.

(٢) هذا مع ما بعده خبر مقدم لقوله: حكومة عدل.

(٣) أى حركة الذكر عند البول.

(٤) قوله: "عدل" أما الأصبع الزائدة فلأنها جزء الآدمى، فيجب الأرش فيها تشريفًا للآدمى، وإن لم يكن فيها نفع، ولا زينة، كما فى السن الزائدة، ولا يجب فيها القصاص، وإن كان للقاطع أصبع زائدة؛ لأن المساواة شرط لوجوب القصاص فى الطرف، ولم يعلم تساويهما إلا بالظن، فصار كالعبد يقطع طرف العبد، فإذا تعذر القصاص الشبهة وجب أرشها، وليس لها أرش مقدر فى الشرع، فيجب فيها حكومة عدل.

فإن قلت: أن حديث فى كل أصبع كذا مطلق، وهذا أصبع، فالجواب: أن ما يفهم من

رجلٍ موضحة ولم ينبت

شج رجلا فذهب عقله، أو شعر رأسه، دخل(١) أرش

بعد ما شجه أحد

الموضحة فى الدية، وإن ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا(٢)،

رجل رجلا أى شجة موضحة رجل أى إصبع رجل

وإن شجه موضحة فذهب عيناه، أو قطع أصبعه، فشلّت

خطابات الشرع، إنما هو ما كان معروفًا بين الناس، ومتفاهما عندهم، والأصبع الزائدة ليست بعذر المشابهة، فلا يتناوله النص، وأما فى قطع البواقى ففيه خلاف الشافعى، حيث قال: تجب دية كاملة فى الثلاثة؛ لأن الغالب فيه السلامة، فأشبه المارن والأذن.

ولنا أن المقصود هذه الأعضاء والمنفعة، فإذا لم تعلم لا يجب الأرش الكامل بالشك، والظاهر لا يصلح حجة، فلا إلزام، بخلاف المارن؛ لأن مقصود منه الجمال، وقد فوته على الكمال. (الزيلعى والكشف وحاشيته مع تصرّف)

(١) قوله: "دخل" لأن فوات العقل يبطل منفعة جميع الأعضاء، إذ لا ينتفع بدونه، فصار كما إذا أوضحه فمات، وأرش الموضحة يجب لفوات جزء من الشعر، وقد تعلّقا جميعًا بسبب واحد، وهو فوات الشعر، فيدخل الجزء فى الكل، كمن قطع أصبع رجل، فثلث به يده كلها. (المجمع)

(٢) قوله: "لا [أى لا يدخل فى أرش الموضحة فى أرش هذه الأشياء]" لأن كلا منهما جناية فيما دون النفس، والمنفعة مختصة، فأشبه الخصاء المختلفة، بخلاف العقل؛ لأن منفعته عائدة إلى جميع الأعضاء. (المجمع)

أما الأولى فهى قول الإمام، وعندهما يجب القصاص فى الموضحة، والدية فى العينين، والأصل فى ذلك أن الفعل إذا أوجب مالا فى البعض سقط القصاص، سواء كانا عضوين، أو عضواً واحدًا، أو عندهما فى العضوين يجب القصاص مع وجوب المال، وإن كان عضوا واحدا لا يجب إلا إذا قطع أصبعا، فثلث أخرى جنبها، فلا قود أيضًا عند الإمام، بل يجب الأرش عنده؛ لأن القصاص غير واجب لعدم المماثلة؛ لأن قطع الثانى على وجه يوجب مثل الأخرى غير ممكن، وعندهما وهو قول زفر والحسن يقتص فى المقطوعة، وتجب الدية فى الأخرى التى ثلث؛ لأن القصاص وجب بالنصوص.

وأما إذا قطع مفصل الأصبع الأعلى، فشلّ ما بقى من المفاصل، فلا قود أيضًا عنده، بل تجب الدية فيما قطع، وحكومة عدل فيما شل، وإنما وجبت الدية؛ لأنه مقدر شرعًا، وتلزم الحكومة فيما بقى بانتفاء تقدير الشرع فيه، وكذا إذا شلّ كل اليد.

وأما إذا كسر نصف سنه فاسودّ باقيها، فلا قود أيضًا، بل تجب دية السن كلها؛ لأن مدار وجوب القصاص على إمكان المماثلة، ولا تمكن المماثلة فى هذه الجراحات، إذ ليس فى وسعه إيقاعها سارية إلى ما ذكر. (عز)

أي إصبع أخرى — من مفاصل الأصابع — من المفاصل

أخرى، أو المفصل الأعلى فشلّ ما بقى، أو كلّ اليد أو كسر

من السن

نصف سنّه، فاسودّ ما بقى، فلا قَوَدَ، وإن قلع سنّه فنبت

أي سن أخرى

مكانها أخرى سقط[١] الأرش، وإن أُقيد[٢] فنبت سِنّ الأول

على المقتص له

يجب.

أي اندمل الجرح والتأم — ونبت الشعر — رجلا

وإن[٣] شجّ رجلا فالتحم ولم يبقَ له أثر، أو ضرب فجرح

عندنا — صاحبه

فبرء وذهب أثره، فلا أرش[٤] ولا قود بجرح حتى[٥] يبرأ،

---

(١) قوله: "سقط" وهذا عند أبي حنيفة رضى الله عنه، وقالا: عليه الأرش كاملا، لأن الجناية وقعت موجبة له، والذى نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى، فصار كما لو أتلف مال إنسان فحصل للمتلف عليه مال آخر، ولأبى حنيفة رضى الله عنه أن الجناية قد زالت معنى، ولهذا لو قلع سن صبى، فنبت مكانها أخرى، لا يلزمه شيء بالإجماع، وهذا لأن الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث نبت مكانها أخرى، فلم تفت المنفعة به، ولا الزينة. (الزيلعى)

(٢) أى اقتص من القالع، بأن قلع سنه عوض السن المقلوعة.

(٣) قوله: "وإن" معناه إذا قلع رجل سن رجل فأقيد، أى اقتص القالع، ثم نبت سن الأول المقتص له، يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه؛ لأنه تبين أنه استوفى بغير حق؛ لأن الموجب فساد المنبت، ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى، فانعدمت الجناية، ولهذا يستانى حولا، وينبغى أن ينتظر اليأس فى مثل ذلك القياس خوفًا من مثله إلا أن فى اعتبار ذلك تضيع الحقوق، فاكتفينا الحول؛ لأنه ينبت فيه ظاهرًا على تقدير عدم الفساد، فإذا مضى الحول ولم تنبت، قضينا بالقصاص، ثم إذ نبت تبين أنا أخطأنا فيه، وكان الاستيفاء بغير حق، غير أنه سقط القصاص للشبهة، فيجب المال. (الزيلعى)

(٤) قوله: "فلا أرش" عند الإمام، وعند أبى يوسف رحمه الله يجب أرش الألم، وهو حكومة عدل؛ لأن الشين الموجب إن زال فالألم الحاصل لم يزل، وعند محمد عليه أجرة الطبيب؛ لأن ذلك لزمه بفعله، وكان أخذ ذلك من ماله، وأعطاه للطبيب، وفسر فى شرح الطحاوى قول أبى يوسف رحمه الله عليه بالأرش بأجرة الطبيب والمداوة، فعلى هذا لا خلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله.

وللإمام أن الموجب الأصلى هو الشين الذى يلحقه بفعله وزوال منفعته، وقد زال بزوال أثره، والمنافع لا تقوم إلا بالعقد، كالإجارة والمضاربة الصحيحين، أو شبه العقد، كالفاسد منهما،

أى قصاصه — فى ثلاث سنين
وكل عمد سقط قوده بشبهة كقتل الأب ابنَه عمدا، فديته[١]
أى كذا يجب فى مال القاتل — من الأرش — بقتل الخطأ.
فى مال القاتل، وكذا ما وجب صلحًا، أو اعترافًا،
أى نصف عشر الدية، بأن كان أقل منه
أو لم يكن نصف العشر، وعمد الصبى والمجنون خطأ[٢]،
أى قتلهما — عن الإرث
وديته على عاقلته، ولا تكفير فيه، ولا حرمان[٣]، والمعتوه

ولم يوجد شيء من ذلك فى حق الجانى، فلا تلزمه الغرامة، وكذا مجرد الألم لا يوجب شيئًا؛ لأنه لا قيمة له. (المجمع)

(٥) قوله: "حتى" وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال؛ لأن الموجب قد تحقق، فلا يؤخر، كما فى القصاص فى النفس، ولنا ما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه»، رواه أحمد والدارقطنى.

ولأن الجراحات يعتبر فيها ما لها لاحتمال أن يسرى إلى النفس، فيظهر أنه قتل، فلا يعلم أنه جرح إلى البرء، فيستقر به. (الزيلعى)

(١) قوله: "فديته" لما روى عن ابن عباس موقوفًا ومرفوعًا: «لا تعقل العاقلة عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا»، ولأن العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفًا عنه، وذلك يليق بالمخطئ؛ لأنه معذورون المتعمد؛ لأنه يوجب التغليظ، والذى وجب بالصلح إنما وجب بعقده، والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد، وإنما تتحمل ما وجب بالقتل، وكذا ما لزمه بالإقرار لا تتحمله العاقلة؛ لأن له ولاية على نفسه دون عاقلته، فيلزمه دونهم، وإنما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية؛ لأنه يؤدى إلى الإجحاف والاستيصال بالجانى، والتحميل تحرزًا عنه، فلا حاجة إليه. (الزيلعى)

(٢) قوله: "خطأ" وذلك عندنا لعدم القصد الصحيح، ولما روى: "أن مجنونًا صال رجل بسيف، فضربه فرفع ذلك إلى على رضى الله عنه، فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة، وقال: عمده وخطأه سواء.

ولأن الصبى مظنة المرحمة، وقال الخاطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على العاقلة، فالصبى هو أعذر وأولى بهذا التخفيف، ولا نسلم تحقق العمدية، فإنها تترتب على العلم، والعلم بالعقل والمجنون عديم العقل، والصبى قاصر العقل، فأنى يتحقق منها القصد، وصار كالنائم. (المجمع)

(٣) قوله: "ولا حرمان" أما حرمان الميراث فلأنه عقوبة، والصبيان والمجانين ليسوا من أهل العقوبة، وأما الكفارة فلأنها كاسمها ستارة، ولا ذنب تستره؛ لأنهم رفع عنهم القلم (عز)

كالصبى[١]

باب[٢] فى الجنين[٣]

شخص حرة أى عضوا من أعضاءها

ضرب[٤] بطن امرأة فألقت جنينا ميتا تجب غرة، وهى نصف عُشر الدية[٥]، فإن ألقتْهُ حيًا فمات فدية[٦]، وإن ألقت ميتًا فماتت الأم فدية[٧] وغرة، وإن ماتت فألقت ميتا، فدية

بالأم، أى فجب دية وغرة أيضًا — الأم — أى لا يجب إلا دية الأم

---

(١) فى لزوم الدية على عاقلته وعدم لزوم الكفارة، وعدم الحرمان عن الإرث.

(٢) قوله: "باب" فى ذكر أحكام القتل المتعلق بالآدمى من كل وجه دون وجه وهو الجنين. (الشلبى)

(٣) هو الولد فى بطن الأم، سمى به لاجتنابه، أى لاستتاره فى البطن.

(٤) قوله: "ضرب" أى ومن ضرب بطن امرأة، فألقت جنينًا ميتا، فعلى عاقلته غرة خمسمائة درهم، وإنما سميت الغرة غرة لأنها أقل المقادير فى الديات، وأقل الشىء أوله فى الوجود، ولهذا يسمى أول الشهر غرة؛ لأنه أول شيء يظهر منه، كما فى "التبيين"، ووجبت فيه الغرة خمسمائة درهم، سواء كان ذكرا أو أنثى، وهو نصف عشر دية الرجل، وعشر دية المرأة.

والقياس: أن لا يجب فى الجنين الساقط شى؛ لأنه لم يتيقن بحياته، فإن قيل: الظاهر أنه حى، أجيب: بأن الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق.

ووجه الاستحسان ما فى "الصحيحين": عن أبى هريرة: «أن النبى ﷺ قضى فى جنين امرأة عن بنى لحيان بغرة عبد أو أمة»، وإنما فسرنا الغرة بخمس مائة لما روى ابن أبى شيبة فى "مصنفه": عن إسماعيل بن عياش عن زيد بن أسلم أن عمر بن الخطاب الغرة خمسين دينارًا، وكل دينار بعشرة دراهم. (المجمع وشرح النقاية)

(٥) أى دية الرجل إن كان ذكرًا، وإن كان أنثى فعشر دية المرأة، وكل منهما خمس مائة درهم.

(٦) أى فتجب دية كاملة؛ لأنه أتلف آدميا خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة. (الزيلعى والعينى)

(٧) قوله: "فدية" لأنه قد صح أنه ﷺ قضى فى هذا بالدية والغرة، رواه الطبرانى فى "معجمه" قاله ملا على القارئ. (الكشف وحاشيته)

لأنه بدل نفسه، فيرثه ورثته / الجنين

فقط[١]، وما[٢] يجب فيه يورث عنه، ولا يرث الضارب، فلو ضرب بطن امرأته، فألقت ابنه ميتاً، فعلى عاقلة الأب غرّة، ولا يرث منها، وفي جنين الأمة لو ذكراً نصف[٣] عشر قيمته[٤] لو كان حيّا، وعشر قيمته لو أنثى، فإن حرّره سيده بعد ضربه، فألقته فمات، ففيه[٥] قيمته حيّا، ولا[٦] كفارة في الجنين، وإن

لأنه قاتل بغير حق مباشرة / يجب / أي بعد رجل أم الجنين الأمة / أي الجنين / الجنين / أي قيمة الجنين / أي إتلافه

---

(١) قوله: "فقط" وقال الشافعي: تجب الغرة، ولنا أن موت الجنين سببين أحدهما أن يختنق بموتها، إذ تنفسه بتنفسها، وثانيهما انقطاع.

(٢) أي المال الذي يجب في الجنين يجرى فيه الميراث عن الجنين.

(٣) قوله: "نصف" وقال الشافعي: تجب فيه عشر قيمة الأم؛ لأنه جزء من وجه ضمان الأجزاء يؤخذ مقدارها من الأصل، ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالإجماع، وهو الغرة.

ولنا أنه بدل نفسه، فلا يقدر بغيره، إذ لا نظير له في الشرع، والدليل على أنه بدل نفسه أن الأمة أجمعت على أنه لا يشترط فيه نقصان، ولو كان ضمان الطرف لما وجب عند نقصان الأصل، ويؤيد ذلك أن ما يجب في جنين الحرة موروث، ولو كان بدل الطرف لما ورث، والحر والعبد لا يختلفان في ضمان الطرف؛ لأنه لا يورث، وإنما يختلفان في ضمان النفس، ولا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الأم، بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيّا، فيجب نصف عشر دية إن كان ذكراً، وعشر دية إن كان أنثى، فكذا في جنين الأمة تجب بتلك النسبة من قيمته؛ لأن كل ما كان مقدراً من دية الحر، فهو مقدر من قيمة العبد، فيجب نصف عشر قيمته إن كان ذكراً، وعشر قيمته إن كان أنثى.

هذا إذا كان الجنين من غير مولاها، ومن غير المعذور، وأما إذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة في جنين الحرة ذكراً كان أو أنثى؛ لأنه حر. (الزيلعي بحذف)

(٤) قوله: "قيمته" بأن يقوم الجنين بعد انفصاله ميتّا على لونه وهيئته لو كان حيّا، فينظر كم قيمته بهذا المكان، فإذا ظهرت قيمته، فإن كان ذكراً يجب نصف عشر قيمته، وإن كان أنثى يجب عشر قيمته. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "ففيه" لأن الحكم يترتب على سببه، فسبب القتل هنا الضرب السابق، فحمل عليه، فلزمته حيّا، إذ السبب وقع في حالة الرق، وقد مر أن العبرة بحالة الرمي، لا الوصول، فلا تجب الدية. (المجمع)

(٦) قوله: "ولا" لأن القياس يقتضي عدم وجوب الضمان، وعدم وجوب الكفارة؛

المرأة / أى الولد
شربت دواءً لتطرحه، أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن[١]
أى عاقلة هذه المرأة / فعلها المذكور / من الزوج
عاقلتها الغرة إن فعلت بلا إذن.

لما ذكر القتل مباشرة لا ثرت فيه تسببًا

باب ما يحدث الرجل فى الطريق

هو بيت الخلاء
من أخرج[٢] إلى الطريق العامة كنيفًا، أو ميزابًا، أو جُرصُنًا[٣] أو دُكانًا[٤]، فلكل[٥] نزعه، وله[٦] التصرف فى

لأنه بمنزلة العضو، لكن تركنا القياس فى الضمان للأثر، ولا أثر فى الكفارة، فيبقى على الأصول. (شرح النقاية)

(١) قوله: "ضمن" لأنها أتلفته متعدّية، فيجب عليها ضمانه، وتتحمل عنها العاقلة لما بينا، ولا ترث هى من الغرة شيئًا؛ لأنها قاتله بغير حق، والقاتل لا يرث، بخلاف ما إذا فعلت ذلك بإذن الزوج، حيث لا تجب الغرة لعدم التعدى. (الزيلعى)

(٢) حاصل كلام المتن أنه يحل للإنسان تصرف إحداث نحو الكنيف فى طريق العامة إن لم يضر، لكن لكل منعه وإن لم يضر. (الكشف)

(٣) بضم الجيم والصاد، وسكون الراء وتخفيف النون، وهو ليس بعربى الأصل، إذ لا تجتمع هذه الحروف فى كلمة. وقيل: هو البرج، وقيل: جذع يخرجه الإنسان من الحائط ليبنى عليه، وقيل: هو مجرى ماء يركب فى الحائط. (المجمع)

(٤) هو الموضع المرتفع مثل المصطبة.

(٥) قوله: فلكل" أى من أهل الخصومة وهو المسلم البالغ العاقل الحر، والذمى الذى هو كذلك نقصه إذا وضع بغير إذن الإمام كما له منعه من إحداثه ابتداء؛ لأن لكل واحد منهم حق المرور بنفسه وبدوابه، فكان له ذلك كما فى الملك المشترك، وفيه إشارة إلى جواز الإخراج، وهو مقيد بأن كانت واسعة لا يضر ذلك بالعمارات؛ لأنه مع الضر لا يجوز بلا خلاف، أذن الإمام، أو لم يأذن؛ لقوله ﷺ: «لا ضرر ولا ضرار فى الإسلام»، رواه الطبرانى فى "معجمه الأوسط".
وأيضًا هو مقيد بأن كانت لنفسه؛ لأنه لو بنى للعامة مسجًا ونحوه، وهو لا يضر بأحد لا ينقض، وأطلق جواز النقض، وهو مقيد أيضًا بما إذا أحدث بغير إذن الإمام؛ لأن التدبير فيما يكون للعامة للإمام، وله ولاية المنع قبل الوضع. (عز)

(٦) قوله: "وله [أى للرجل من أصحاب الأملاك]" أى له أن يتصرف بإحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره فى الطريق النافذ إذا لم يضر بالعامة، معناه: إذا لم يمنعه أحد؛ لأن الوصول

أي في الطريق النافذ / بالعامة / أي بإذن أهل تلك الطريق

النافــذ إلا إذا أضر، وفى غيره[١] لا يتصرف إلا بإذنهم، فإن[٢]

من الناس / أي دية المقتول / أي عاقلة من إخراج ذلك

مات أحد بسقوطها[٣] فديته على عاقلته، كما[٤] لو حفر بئراً

أي بالبئر أو بالحجر

فى طريق، أو وضع حجراً فتلف به إنسان، ولو[٥] بهيمة

أي مال المخرج

فضمانها فى ماله، ومن جعل بالوعة فى طريق بأمر سلطان، أو

على نهر / فى الموضعين

فى ملكه، أو وضع خشبة فيها، أو قنطرة بلا إذن الإمام،

أي على الخشبة القنطرة / الحافر أو الواضع / أي ومشى فى...إلخ

فتعمد رجل المرور عليها، لم يضمن[٦]، ومن حمل شيئاً فى

إلى إذن الكل متعذر، فجعل فى حق كل واحد كأنه هو المالك له وحده كيلا يتعطل عليه طريق الانتفاع الذى تفضّل الله تعالى به على عباده. (الزيلعي والكشف)

(١) قوله: وفى غيره" أي فى غير النافذ من الطريق لا يتصرف أحد بإحداث ما ذكرنا إلا بإذن أهله؛ لأن الطريق التى ليست بنافذة مملوكة لأهلها، فهم فيها شركاء، ولهذا يستحقون بها الشفعة، والتصرف فى الملك المشترى من الوجه الذى لم يوضع له لا يملك إلا بإذن الكل أضرّ بهم أو لم يضرّ، بخلاف النافذ؛ لأنه ليس لأحد فيه ملك، فيجوز انتفاعه به ما لم يضرّ بأحد. (الزيلعي)

(٢) قوله: "فإن" أي إذا مات إنسان بسقوط ما ذكره من كنيف، أو ميزاب، أو جرصن، فديته على عاقلة من أخرجه إلى الطريق؛ لأنه تسبب للهلاك متعدّيًا فى إحداث ما تضرر به المارة باشتغال هواء الطريق به، أو بإحداث ما يحول بينهم وبين الطريق، وكذا إذا عثر بنقضه إنسان. (التكملة)

(٣) أي بسقوط الكنيف والميزاب والجرصن ونحوها.

(٤) قوله: "كما" أي القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البئر، ووضع الحجر فى الطريق؛ لأن كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة، ولا يحرم الميراث، فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرنا. (الزيلعي)

(٥) قوله: "ولو" أي لو كان الهالك فى البئر أو بسقوط الجرمن بهيمة يكون ضمانها فى ماله؛ لأن العاقلة لا تتحمل ضمان المال. (الزيلعي)

(٦) قوله: "لم يضمن" لأن حفر البالوعة بإذن الإمام أو فى ملكه ليس بتعد، ووضع الخشبة والقنطرة بلا إذن الإمام، وإن وجد التعدى منه فيهما لكن تعمده بالمرور عليهما يقطع النسبة

المحمول ومات منه في الصور كلها المحمول

الطريق، فسقط على إنسان ضمن(١)، ولو(٢) كان رداءً قد لبسه

على إنسان فعطب

فسقط لا.

أي أمر لا يضمن أي لقوم مخصوصين في المسجد

مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا، أو جعل فيه

أي هلك أي بكل مما ذكر كل من المعلق والجاعل شيئا الرجل

بوارى(٣) أو حصاةً فعطب به رجل لم يضمن، وإن كان من

أي غير عشيرة المسجد أي في المسجد أو من غيرهم أي بجلوس ذلك الرجل

غيرهم ضمن(٤)، وإن جلس فيه رجل منهم، فعطب به أحد

هذا الجالس أي لا يضمن

ضمن(٥) إن كان في غير الصلاة، وإن كان فيها لا.

إلى الواضع؛ لأن الواضع مسبب، والمار مباشر، فصار هو صاحب علة، فلا يعتبر التسبب معه. (الزيلعى)

(١) قوله: "ضمن [الحامل الدية، سواء تلف بالوقوع أو بالعشرة به بعد الوقوع. (العينى والطائى)]" لأن حمل المتاع فى الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له، لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى إلى الهدف أو إلى الصيد. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولو" أى ولو كان المحمول رداء قد لبسه فقط على إنسان، فعطب به لا يضمن، والفرق بينه وبين الشيء المحمول أن حامل الشيء يقصد حفظه، فلا يخرج بالتقييد بوصف السلامة، واللابس لا يقصد حفظ بلبسه، فيخرج بالتقييد بوصف السلامة، فجعل فى حفه مباحًا مطلقًا عن قيد السلامة. (الزيلعى والكشف)

(٣) وهى الحصير من العقب.

(٤) قوله: "ضمن" والفرق أن تدبير المسجد لأهله لا لغيرهم، كنصب الإمام، واختيار المتوفى وفتح بابه وإغلاقه وتكرر الجماعة إذا سبق بها غير أهله، فلا يقيد فعلهم بالسلامة، وفعل غيرهم تعد أو مباح مقيد بالسلامة، وقصد القربة لا ينافى الغرامة إذا أخطأ الطريق، كما إذا تفرد بالشهادة على الزنا، والطريق فيما نحن فيه الاستئذان عن أهله. (الكشف)

(٥) قوله: "ضمن" وقالا: لا يضمن؛ لأن المسجد للصلاة والذكر، ولا يمكنه أداء الصلاة بالجماعة إلا بانتظارها، بأن كان مباحًا، ولأن المنتظر للصلاة فى الصلاة بالحديث؛ ولأن المسجد بنى للصلاة والذكر ونحوه ملحق بها، فجعلنا الجلوس للأصل مباحًا مطلقًا، وما يلحق به مباحًا مقيّدًا بشرط السلامة إظهارًا للتفاوت بين الأصل، وما يلحق به ولا ضرر فى كون الفعل مباحًا أو مندوبًا، وهو مقيد بشرط السلامة، كالرمى إلى الكافر أو الصيد والمشى فى الطريق والمسجد. (الكشف)

إلى الطريق

فصل[1] فى الحائط المائل

أى صاحبه أى بسقوطه

حائطٌ مال إلى الطريق العامة ضمن[2] ربُّه ما تلف به من

من الإنسان والحيوان حالية رب الحائط

نفس، أو مال إن طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه فى

أى فى ابتداء الأمر

مدة يقدر على نقضه، وإن بناه مائلا ابتداء ضمن[3] ما تلف

(١) قوله: "فصل" لما ذكر أحكام القتل الذى يحصل بمباشرة الإنسان، أو تسببه، شرع فى بيان القتل الذى يتعلق بالجماد الذى لا اختيار له أصلا، وهو الحائط المائل. (الشلبى)

(٢) قوله: "ضمن" والقياس أن لا يضمن، وهو قول الشافعى وقول أحمد؛ لأنه لم يحصل منه تعد بمباشرة، ولا بفعل، ولا سبب؛ لأن أصل البناء كان فى ملكه، والميلان وشغل الهواء والسقوط ليس من فعله، فلا يضمن كما قبل الإشهاد.

ووجه الاستحسان: وهو قول أصحاب أحمد ومالك والنخعى والثورى والشعبى، ومروى عن على: إن امتناعه من تفريغ الطريق المشتعل هواءه بملكه مع تمكنه من التفريغ بعد طلبه تعد، كمن وقع فى يده ثوب إنسان، فإنه لا يكون متعديًا فى الإمساك، ولكن لو طلب بالرد فلم يرد صار متعديًا فكذا هنا، بخلاف ما قبل الإشهاد؛ لأنه بمنزلة إهلاك الثوب قبل الطلب.

ولأن الضمان لو لم يجب عليه لامتنع عن التفريغ، فينقطع المارة خوفًا على أنفسهم فيتضررون، ودفع الضرر العام واجب يتحمل فى دفع الضرر الخاص قيد بطلب النقض؛ لأن الشرط دون الإشهاد.

وإنما ذكر صاحب الهداية الإشهاد لأنه للتمكن من الإثبات عند الإنكار، فكان من باب الاحتياط، وقد المطلوب منه بأن يكون يملك نقض الحائط بقدرته كالراهن فى الدار المرهونة فقدرته على نقض الحائط بواسطة فك الدار من الرهن، وكأبى الطفل أوجده فى مال ابنه، والولى فى مال يتيمه كالمكاتب؛ لأن الولاية له، فالتلف حال الكتابة تجب قيمته عليه لتعذر الدفع، وبعد عتقه تجب على عاقلة مولاه، وبعد عجزه لا تجب على أحد؛ لعدم قدرة المكاتب وعدم الإشهاد فى المولى، وكالعبد التاجر، سواء كان عليه دين أولا؛ لأن الولاية له، فإن كان التالف بالسقوط مالا فهو فى عنق العبد، وإن كان نفسا فهو عاقلة المولى.

وقيد عدم النقض بكونه فى مدة يمكن نقضه فيها، حتى لو طلب منه، فسقط من ساعته لا يضمن ما تلف به؛ لأنه لابد من إمكان ليصير تبرئه جانبًا، ويستوى فى المطالبة المسلم والذم؛ لأن الناس كلهم شركاء فى المرور، فيصح التقدم من كل واحد منهم رجلا كان أو امرأة إذا كان بالغًا عاقلا حرًا أو مكاتبًا؛ لأن هذه المطالبة حق العامة، فلا تختص بأحد من أهل المطالبة. (شرح النقاية)

(٣) لأنه تعدّى بالبناء، فصار كالشراع الجناح ووضع الحجر وحفر البئر فى الطريق.

أى أو لصاحب الدار
بسقوطه بلا طلب، فإن مال إلى دار رجل فالطلب[١] إلى ربها،
هو أو الساكنون كل واحد من تأجيله وإبراءه، لأن الحق لهم
فإن أجله، أو أبرأه صح، بخلاف[٢] الطريق.

فمات
حائطٌ بين خمسة، أشهد على أحدهم فسقط على رجل
الذى أشهد عليه وتكون على عاقلته أى أحد الثلاثة أى فى الدار بغير إذن شريكه
ضمن خمس[٣] الدية، دار بين ثلاثة، حفر أحدهم فيها بئرا، أو
بغير إذن شريكه أى بالحفر أو ببناء الحائط أى الحافر أو البائع
بنى حائطا، فعطب به رجل ضمن ثلثى الدية.

---

(١) قوله: "فالطلب" لأن الحق له على الخصوص، وإذا كان يسكنها غيره كان له أن يطالبه؛ لأن له المطالبة بإزالة ما شغل هواها. (التكملة)

(٢) قوله: "بخلاف" أى بخلاف ما إذا مال إلى الطريق العام، فأجله القاضى، أو من أشهد عليه، أو أبرأه حيث لا يصح التأجيل، ولا الإبراء، إلا فى حق نفسه؛ لأن الحق فيه لجماعة المسلمين، وليس للقاضى وغيره أن يبطل حقهم. (العينى)

(٣) قوله: "خمس" أى إذا كان الحائط مشتركًا ين خمسة رجال، فأشهد على أحدهم بالمطالبة بالنقض، ولم ينقضه، فتلف إنسان بسقوطه ضمن خمس الدية، ولو كانت الدار مشتركة بين ثلاثة، فحفر أحدهم فيها بئرًا، أو بنى حائطًا، فتلف به رجل، ضمن ثلثى الدية، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: ضمن نصف الدية فى الفصلين؛ لأن التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر، وبنصيب من لم يشهد عليه هدر، وفى الحفر باعتبار ملكه غير متعدّ، وباعتبار ملك شريكه متعدّ، فكانا قسمين، فانقسم عليها نصفين، كما إذا هلك بجرح الرجل، ونهش الحية وعقر الأسد.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بعلة واحدة، وهو الثقل المقدور العمق المقدر؛ لأن أصل ذلك ليس بعلة، وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة، فتجتمع العلل، فإذا كان كذلك يضاف التلف إلى العلة واحدة، ثم تقسم على أربابها بقدر الملك، بخلاف الجراحات؛ لأن كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة، أم كبرت على ما عرف فى موضعه إلا أن التلف عند المزاحمة يضاف إلى الكل لعدم الأولوية.

فإن قيل: الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيئًا من الحائط، فكيف يصح التقدم إليه؟

قلنا: إن لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من إصلاحه بطريق، وهو المرافعة إلى الحكام، وبه يحصل العوض؛ لأن المقصود إزالة الضرر بأى طريق كان، ولا تتعين بالهدم. (الزيلعى)

نسبة الجناية إليها على طريق المشاكلة — هى كل ذات أربع من دواب البر والبحر

باب[1] جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك

في طريق العامة

ضمن[2] الراكب ما أوطأت دابته بيد، أو رِجل، أو رأس، أو كدمت (من الكدم، وهو عضّ الدابة بفيها)، أو خبطت، أو صدمت (بجسدها)، لا ما نفخت (أى لا يضمن الراكب) برجل، أو ذنب إلا إذا أوقفها فى الطريق (فيضمن)، فإن أصابت بيدها، أو رِجلها حصاةٌ، أو نواةٌ، أو أثارت غبارًا، أو حجرًا صغيرًا، ففقأ عينًا لم يضمن، ولو كبيرًا[3] ضمن (أى ولو كان الحجر كبيرًا ضمن)، فإن راثت، أو بالت (الدابة فى الطريق) فى الطريق لم يضمن (الراكب لأنه من السير) من عطب به، وإن أوقفها (أى الدابة) لذلك[4] (واصل بما قبله)، وإن أوقفها لغيره (أى بغير أن ترث أو تبول)

---

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بين أحكام جناية البهيمة، والجناية عليها، ولا شك فى تقديم الإنسان الحر على البهيمة، والرقيق مرتبة، فكذا ذكرا، وكان من حق هذا الباب أن يذكر بعد جناية المملوك لفضيلة النطق فى المملوك، لكن لما كانت البهيمة يلحقه بالجمادات من حيث عدم العقل ألحق بهذا الباب بباب ما يحدثه الرجل فى الطريق فى الذكر. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "ضمن" والأصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح بشرط السلامة؛ لأنه يتصرف فى حقه من وجه، وفى حق غيره من وجه، لكونه مشتركًا بين كل الناس، فقلنا: بالإباحة مقيد بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه، لا فيما لا يمكن؛ لأن تقييده بها مطلقًا يؤدى إلى المنع من التصرف، وسد بابه، وهو مفتوح.

والاحتراز عن الإبطاء والصدم والكدم والخبط ممكن؛ لأنه ليس من ضرورات السير، فقيدناه بشرط السلامة عنه، ولا يمكنه الاحتراز عن النفخة بالرجل والذنب مع السير على الدابة، فلم نقيده بها، وإن أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضًا، لأنه يمكنه التحرز عن الإيقاف، وإن لم يمكنه التحرز عن النفحة، فصار متعديًا بالإيقاف، وشغل الطريق به فيضمنه، وهو المراد بقوله: إلا إذا أوقفها فى الطريق. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولو كبيرًا ضمن" لأن التحرز عن الحجرة الصغار والغبار متعذّر؛ لأن سير الدابة لا يخلو عنه، وعن الكبار ومن الحجارة ممكن، وإنما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب، فيضمن. (الزيلعى)

(٤) أى لأجل أن ترث أو تبول؛ لأن من الدواب ما لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف.

ضمن[١]، وما[٢] ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد، وعلى[٣] الراكب الكفارة، لا عليهما.
فيما أوطأته الدابة بيدها أو رجلها

ولو اصطدم فارسان، أو ماشيان فمات، ضمن[٤] عاقلة
أى تلاقيا بالتصاق كل منهما الآخر بشدة — من الاصطدام

(١) قوله: "ضمن [إذا راثت أو بالت فعطب به إنسان أو شيء من المتاع]" لأن الإيقاف ليس من ضرورات السير، ثم هو أكثر ضرراً بالمار من السير؛ لأنه أدوم، فلا يلحق به، وإن كان مثله فى كونه تصرّفًا فى الدابة. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "وما" أى كل شيء يضمنه الراكب يضمنانه؛ لأنهما مسببان كالراكب فى غير الإبطاء، فيجب فيهما الضمان بالتعدى فيه كالراكب، وقوله: وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس فى الصحيح، وذكر القدورى أن السائق يضمن النفحة بالرجل؛ لأنها بالمرائى عينه، فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبه وعن بصر الراكب والقائد، فلا يمكنها التحرز عنها، وعليه بعض مشايخ العراق، وجه الأول وعليه أكثر المشايخ أن السائق ليس له على رجلها شيء يمنعها به عن النفحة، فلا يمكنه التحرز عنها، بخلاف الكدم والصدم. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وعلى" أى والراكب عليه الكفارة فى الوطء، ولا فى غيره؛ لأنه تسبب وصرح فى "البناية": بأنه لا كفارة على الراكب والقائد والسائق فيما وراء الإيطاء، وما فى "العينى" من قوله: يعنى فى الإيطاء وغير أصحاب حذف غيره أو إبدال الواو بـ"لا"، كما فى أبى السعود، وإنما وجبت على الراكب الكفارة لأن التلف حصل بثقله، ونقل الدابة تبع له، كان سير الدابة مضاف إليه، وهى آلة له، ولا تجب على سائق وقائد؛ لأنه يختص منهما شيء بالحل، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب، وكذا يتعلق بالإيفاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد؛ لأنه يختص بالمباشرة. (الطحطاوى والدر بتصرّف)

(٤) قوله: "ضمن" وقال زفر والشافعى رحمه الله: على عاقلته كل نصف دية الآخر؛ لما روى ذلك عن على رضى الله عنه؛ ولأن كلابات بفعل نفسه وفعل صاحبه، لأنه ألم نفسه وصاحبه، فصر كما إذا اصطدما عمداً، أو جرح كل واحد نفسه وصاحبه، أو حفر فى الطريق، فإنها عليهما يجب على كل منهما النصف.

ولنا أن الموات مضاف إلى فعل صاحبه؛ لأن فعله فى نفسه مباح، وهو المشيء فى الطريق، فلا يصلح مستنداً الإضافة إليه، كالماشى إذا لم يعلم البئر حيث لا يهدر شيء من دمه، وفعل صاحبه وإن كان مباحًا، لكنه يصير سبب للضمان فى حق غيره، كالنائم إذا انقلب على غيره، وروى عن على رضى الله عنه مثل قولنا، رواه عبد الرزاق فى "مصنفه"، فتعارضت رواياته، فرجحنا بما ذكرنا، وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظورن، فوضح الفرق. (الكشف وحاشيته)

كلٍ دية الآخر، ولو[١] ساق (رجل) دابةً فوقع السرج (ونحوه كاللجام) على رجل، فقتله ضمن، وإن قاد (رجل) قطارًا، فوطئ بعير (من القطار) إنسانًا ضمن عاقلة القائد الدية (الكاملة)[٢]، وإن كان معه (أى مع القائد) سائق فعليهما[٣]، وإن[٤] (رجل) ربط بعيرًا على قطار رجع عاقلة القائد ما تلف على عاقلة الرابط، ومن أرسل بهيمة وكان سائقها (أى كان ماشيًا خلفها)، فأصابت (شيئًا) في فورها (بأن لا يميل يمنة أو يسرة ولا يقف) ضمن[٥]، وإن أرسل طيرًا، أو كلبًا، ولم يكن (المرسل) سائقًا، أو انفلتت (أى نسيته بغتة) دابته فأصابت (بأن أفسدت زرعًا مثلا)

(١) قوله: "ولو" يعنى إذا ساق دابة ولها سرج، فوقع السرج على رجل فقتله، ضمن عاقلته الدية؛ لأنه متعد لتقصيره لإحكام، بخلاف الرداء؛ لأنه لا يقصد حفظه عادة، فلا يقيد بشرط السلامة. (عز)

(٢) قوله: "الدية" وذلك لأن القطار بيده يسير بسوقه، ويقف بإيقافه، فكان عليه صيانته، فما حدث من ذلك يكون مضمونًا عليه، فيضاف إليه ما حدث من القطار لتسببه، فيصير في الحكم كأنه قتله خطأ، فتجب على عاقلته دية. (الشلبى)

(٣) قوله: "فعليهما" أى إذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان؛ لاستواءهما في التسبب؛ لأن قائد الواحد قائد للكل، وكذا سائقه لاتصال الازمة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وإن" أى إذا ربط رجل بعيرًا على قطار، والقائد لذلك القطار لا يعلم، فوطئ البعير المربوط إنسانًا، فقتله، فعلى عاقلة القائد ديته؛ لأنه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به، فإذا ترك الصيانة صار متعديًا بالتقصير، وهو تسبب، وفيه الدية على العاقلة، كما في قتل الخطأ، ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط؛ لأنه هو الذى أوقعهم فيه، وإنما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما مسبّب؛ لأن القود بمنزلة المباشرة بالنسبة إلى الرابط؛ لاتصال التلف به دون الرابط، فيجب عليه الضمان وحده، ثم يرجع به عليه. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ضمن" لأنه الحامل لهما ما أضيف فعلهما إليه، كما يضاف فعل المكره إلى المكره فيما يصلح آلة له، والمراد بالسوق أن يمشى خلفها معها، وإن لم يمش خلفها فما دامت في فورها فهو سائق لها في الحكم، فيلحق بالسوق، وأن تراخى انقطع السوق، وذكر في "النهاية": أن المراد بالبهيمة الكلب. (الزيلعى)

مالا، أو آدميا فقتلته ليلا أي في ليل أو نهارا أي في نهار لا[١]، وفي فقء أي في قلع عين شاة لقصاب أو غيره، ضمن النقصان[٢]، وعين أي في فقء عين بدنة الجزار[٣] والفرس والحمار رُبع[٤] القيمة.

باب[٥] جناية المملوك والجناية عليه

جنايات[٦] وإن كانت كثيرة المملوك لا توجب إلا دفعا أي دفع رقبته لولي الجناية مرة واحدة على المولى لو محلا بأن كان قنا

---

(١) قوله: "لا [أي لا يضمن المرسل وصاحب الدابة]" أي لا يضمن في هذه الصور كلها أنا الطير فلان بدنه لا يحتمل السوق، فصار وجود السوق وعدمه سواء، فلا يضمن مطلقًا، بخلاف البهيمة، فإن بدنها تحتمل السوق، فيعتبر فيها السوق، ومن ثم قالوا: إذا أرسل بازيًا في الحرم، فقتل لا يضمن المرسل.

وأما الكلب فإنه وإن كان يحتمل السوق، لكنه لم يوجد منه السوق حقيقةً، بأن يمشي خلفه، ولا حكمًا، بأن يصيب على فور الإرسال، والتعدي يكون بالسوق، فلا يضمن، وهذا لأن الأصل أن الفعل الاختياري يضاف إلى فاعله، ولا تجوز إضافته إلى غيره إلا أنا تركنا ذلك في فعل البهيمة إذا وجد منه السوق بقي على الأصل، ولا تجوز إضافته إليه لعدم الفعل منه مباشرة تسببًا.

وأما انفلات البهيمة فلقوله ﷺ: «العجماء جُبار»، أي فعل العجماء هدر، قال محمد رحمه الله: هي المنفلتة، وهذا صحيح ظاهر؛ لأن المركوبة والمسوقة والمقفودة في الطريق، أو في ملك الغير، أو المرسلة في الطريق فعلهما معتبر. (الزيلعي بحذف)

(٢) لأن المقصود منها اللحم، فلا يعتبر إلا نقصان المالية.

(٣) وكذا بغير الجزار، لكن ذكره كيلا يتوهم أنها معدّة للحم، فحكمها حكم الشاة.

(٤) قوله: "ربع" قال الشافعي: فيه النقصان كالشاة، ولنا ما روى: «أنه عليه الصلاة والسلام قضى في عين الدابة بربع القيمة»، رواه الطبراني في "معجمه"، وكذا عمر رضي الله عنه، رواه عبد الرزق وابن أبي شيبة. (الكشف وحاشيته)

(٥) قوله: "باب" لما فرغ من جناية المالك وهو الحر، شرع في جناية المملوك، وأخّر ذكرها لانحطاط رتبة المملوك. (الشلبي)

(٦) قوله: "جنايات" أي جناية العبد لا توجب إلا دفع رقبته إذا كان محلا للدافع، بأن كان قنا، وهو الذي لم ينعقد له شيء من أسباب الحرية، كالتدبير وأمومية الولد والكتابة، سواء كانت الجناية في النفس واحدة أو أكثر لا توجب إلا دفع رقبته إذا كانت الجناية في النفس موجبةً

وإن لم يكن محلا للدفع ولا يزاد عليها أى عبد رجل مولاه إن شاء ولى الجناية
له، وإلا قيمة واحدة، جنى(١) عبده خطأ دفعه بالجناية، فيملكه
والواجب الأصلي هو الدفع بعده جناية أخرى أى الجناية الثانية
أو فداه بأرشها، فإن فداه(٢) فجنى فهى(٣) كالأولى،
العبد أى دفع المولى العبد بالجنايتين أى العبد
وإن جنى جنايتين دفعه بهما، أو فداه بأرشهما(٤)، فإنه
حال من المرفوع فى قوله: أعتق المولى
أعتقه غير عالم بالجناية، ضمن(٥) الأقل من قيمته ومن

للمال، وإلا فقيمة واحدة، أى إن لم يكن مخلا للدفع بأن العقد له شيء مما ذكرنا توجب جناية قيمة واحدة لا يزاد عليها، وإن تكرر الجناية.

وفى القنّ إذا جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفداء كالجناية الأولى، وكذا كلما جنى بعد الفداء يؤمر بالدفع أو الفداء، بخلاف المدبر وأختيه، فأنه لا يوجب إلا قيمة واحدة على ما نبين. (الزيلعى)

(١) قوله: "جنى" أى إن جنى عبد خطأ، دفعه سيده إلى المجنى عليه بسبب الجناية، أو فداه بأرشها حالا، لقول على: ما جنى عبد فى رقبته، يخير مولاه إن شاء فداه، وإن شاء دفعه، رواه ابن أبى شيبة فى "مصنفه".

واعلم أن عندنا يجب على المولى جناية عبده، فيجب عليه دفعه أو فداءه، وعند الشافعى يجب على العب، فيباح إلا أن يفديه المولى، وفائدة الخلاف أن بعد العتق عنده يتبع، وعندنا لا يتبع.

قيّد بالخطأ لأن العمد فى النفس يجب فيه القصاص على العبد، بخلاف ما دون النفس، فإن فيه الدية خطأ كان أو عمدًا؛ لأن القصاص لا يجرى فيه بين العبدين ولا بين الحر والعبد، وقيّدنا الدفع أو الفداء بكونه حالا؛ لأن العبد عين، ولا يجوز التأجيل فى الأعيان، والفداء بدل عنه فى الشرع، فيقوم مقامه، ويأخذ حكمه، ثم أيهما اختار المولى بالفعل، أو بالقول، فلا شيء لولى الجناية غيره. (شرح النقاية بتصرّف)

(٢) أى فإن فدى المولى العبد.

(٣) قوله: "فهى" لأنه لما طهر عن الأولى بالفداء، فكأنها لم تكن، وهذه ابتداء جناية، والدفع هو الواجب الأصلى، ولذا يسقط بموت العبد لفوات المحل. (الكشف)

(٤) قوله: "بأرشهما" لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها، كالديون المتلاحقة، ثم إذ دفعه إليهم أقسموه على قدر حقوقهم. (الكشف والزيلعى)

(٥) قوله: "ضمن" لأن المولى فوت حق المجيء عليه بتصرفه فى الجانى تصرفا يمنع عن دفعه إليه، فيضمنه، وإنما ضمن الأقل لأن حقه فيه، ولا يصير مختارًا للفداء بهذا التصرف؛ لأنه لم يعلم بالجناية، ولا اختيار بدون العلم. (شرح النقاية)

أى ولو أعتقه حال كونه عالمًا بالجناية بالإجماع
الأرش، ولو[١] عالـمًا بها لزمه الأرش كبيعه[٢]، وتعليق[٣] عتقه
العبد أى ما ذكر من القتل وغيره
بقتل[٤] فلان، ورميـه وشجّه إن فعل ذلك.

أى عامدًا
عبدٌ قطع يدَ حرٍّ عمدًا، ودُفع إليه، فحرره، فمات من
أى سراية قطع اليد أى رد العبد ورثة المقطوع يده بعد موته
اليد، فالعبد صلح بالجناية، وإن لم يحرره، رده على
أى يقتص العبد أى عبد مأذون
سيده ويُقاد[٥]، جنى مأذونٌ مديونٌ خطأً فحرره

والأصل فيه أنه متى أحدث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عالـمًا بالجناية يصير مختارًا للفداء وإلا فلا. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولو" أى إن أعتقه بعد علمه بجناية العبد يلزمه الأرش، كما لو باعه عالـمًا بالجناية؛ لأن الإعتاق، وكذا البيع يمنع الدفع، فالإقدام عليه اختيار منه للآخر. (عز)

(٢) أى كما لزم الأرش فى بيعه العبد الجانى فى حال كونه عالـمًا بالجناية، وإلا يلزمه أقل الأمرين.

(٣) قوله: "وتعليق" أى ولو قال لعبده إن قتلت فلانًا، أو رميته، أو شججته، فأنت حر، كان مختارًا للفداء إن فعل العبد ذلك؛ لأنه علق العتق بالجناية، والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط، كالمنجز عنده، فصار كما إذا أعتقه بعد الجناية، ألا ترى أن من قال لامرأة: إن دخلت الدار فو الله لا أقربك، يصير ابتداء الإيلاء من وقت الدخول. (الزيلعى بتصرّف)

(٤) أى بجناية موجبة للمال، كالخطأ وشبه العمد، وإلا فالواجب القصاص، ولا شىء على المولى.

(٥) قوله: ويقاد" لأنه إذا لم يعتقه وسرى ظهر أن الصلح كان باطلا؛ لأن الصلح وقت على المال، وهو العبد عن دية اليد، إذ القصاص لا يجرى بين الحر والعبد فى الأطراف، وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة؛ لأن الواجب هو القود، فصار الصلح باطلا؛ لأن الصلح لابد له من مصالح عنه المال، ولم يوجد، فبطل الصلح، والباطل لا يورث شبهة، كما لو وطئ مطلقة ثلاثًا فى عدتها مع العلم بحرمتها عليه، فإنه لا يصير شبهة فى وراء الحد، فكذا هذا، فوجب القصاص.

وأما إذا عتقه فقد قصد صحة الإعتاق ضرورة؛ لأن العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له إلا بالصلح عن الجناية، وما يحدث منها ابتداء، ولهذا لو نص عليه ورضى به جاز، فكان مصالحًا عن الجناية، وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الإقدام على الإعتاق، والمولى أيضًا مصالح معه على هذا الوجه راضٍ به؛ لأنه لما رضى بكون العبد عوضًا عن القليل كان أرضى بكونه عوضًا عن الكثير، فإذا أعتقه صح الصلح فى ضمن الإعتاق ابتداء، وإذا لم يعتقه لم يوجد

بالجناية وإلا فعليه الأرش، كما تقدم
سيده بلا علم عليه(١) قيمته لرب الدين، وقيمته لولى الجناية،
في حال الإذن من غير مولاها
مأذونةٌ مديونةٌ ولدت بِيعت مع ولدها للدين، وإن جنَتْ
أي لولى الجناية
فولدتْ لم يُدفع(٢) الولد له.

لرجل
عبدٌ(٣) زعم رجلٌ أنّ سيده حرّره، فقتل وليُّه خطأً لا شيء
بفتح التاء / حالية / أي قال بعد العتق
له عليه، قال(٤) معتقٌ لرجل: قتلت أخاك خطأً وأنا عبدٌ، وقال

الصلح ابتداء الصلح الأول وقع باطلا، فيرد العبد إلى المولى، والأولياء بالخيار، إن شاؤوا عفواً عنه، وإن شاؤوا قتلوه. (الزيلعي)

(١) قوله: "عليه" لأنه أتلف حقين، الدفع إلى الأولياء، والبيع على الغرماء، وكل واحد منهما مضمون بكل القيمة حال الانفرا، فكذا عند الاجتماع. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "لم يدفع" والفرق أن الدين وصف حكمى فيها واجب فى وقتها متعلق برقبتها، فيسرى إلى الولد كولد المرهونة، بخلاف الجناية؛ لأن وجوب الدفع فى ذمة الولى لا فى ذمتها، فلا يسرى إلى الولد.

ثم اعلم أن شرط السراية إلى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين، أما إذا ولدت ثم لحقها الدين، لا يتعلق حق الغرماء بالولد، بخلاف الكسب حيث يتعلق حق الغرماء بها، سواء كسبت قبل الدين أو بعده. (المجمع)

(٣) قوله: "عبد" معناه إذا كان العبد لرجل، فزعم رجل أن مولاه أعتقه، فقتل العبد، وخطأ ولى ذلك الرجل الذى زعم أن مولاه أعتقه، فلا شيء له؛ لأنه لما زعم أن مولاه أعتقه أقر أنه تستحق على المولى دفع العبد، ولا الفداء بالأرش يستحق الدية عليهما وعلى العاقلة؛ لأنه حر، فيصدق فى حق نفسه، فيسقط الدفع والفداء عن المولى، ولا يصدق فى دعواه الدية عليهم إلا بحجة. (الزيلعي)

(٤) قوله: "قال" معناه إذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد العتق، قتلت أخاك خطأ وليّا وعنهما، وقال الرجل: بل قتلته وأنت حر، فالقول قول العبد؛ لأنه منكر للضمان لما أنه أسنده إلى حالة معهودة منافية للضمان، إذ الكلام فيما إذا كان رقه معروفًا، والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعًا، أو فداء، فصار كما إذا قال البائع العاقل: خلقت امرأتى وأنا صبى، أو بعت دارى وأنا صبى، أو قال: طلقت امرأتى وأنا مجنون، وقد كان جنونه معروفًا، كان القول قوله؛ لما ذكرنا. (عز والزيلعي)

حالية / بالإجماع / رجل لأمته التي أعتقها

بعد العتق، فالقول للعبد، وإن[١] قال لها: قطعت يدك وأنت

أي كذا القول قولها: في كل...إلخ

أمَتي، وقالت: بعد العتق، فالقول لها، وكذا كل ما أخذ منها

إلا الجماع[٢] والغلّة[٣].

أو صبي / أي دية المقتول

عبدٌ محجورٌ أمر صبيًا حُرًا بقتل رجل فقتله، فديته على[٤]

(١) قوله: "وإن" معناه إذا أعتق رجل جارية ثم قال لها: قطعت يدك أنت أمتي، فقالت هي: بل قطعتها وأنا حرة، فالقول قولها، وكذا القول قولها: في كل ما أخذه منها إلا الجماع والغلة استحسانًا، وهذا عندهما، وقال محمد رحمه الله: لا يضمن إلا شيئًا قائمًا بعينه، كما إذا قال: أخذت هذا المال منك قبل العتق، وقالت: بل بعد العتق. (الكشف)

يؤمر برده عليها؛ لأنه منكر وجوب الضمان لإسناد الفعل إلى حالة معهودة منافية، كما في المسألة الأولى، وكما في الوطء، وفي القائم أقر بيدها حيث اعترف بأخذ منها، ثم ادعى التمليك عليها، وهي تنكر، فالقول قول المنكر، فلهذا يؤمر بالرد إليهما.

ولهما أنه أقر بسبب الضمان، ثم ادعى ما يبرئه، فلا يكون القول قوله، كما إذا قال لغيره: أذهبت ضوء عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة، ثم فقئت، فقال المقر له: لا، بل أذهبتها وعينك اليمنى مفقوده، فإن القول قول مقر له، وهذا لأنه لم يسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه يضمن يدها إذا قطعها وهي مديونة، بخلاف الوطء والغلة؛ لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر، وكذا أخذ من غلتها، وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه، فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان في حقهما. (الزيلعي)

(٢) أي الوطء، بأن قال: وطئتك وأنت أمتي، وقالت: لا، بل بعد العتق.

(٣) بأن قال: أخذت من غلك وأنت أمتي، وقالت: لا، بل بعد العتق.

(٤) قوله: "على" لأنه القاتل وعمده وخطأ سواء، ولا شيء على الآخر؛ لأن المحجور يؤاخذ بأقواله، ورجعت العاقلة عليه بعد العتق؛ لأن منع الرجوع، كان لحق المولى، وقد زال، وقيل: لا ترجع؛ لأن هذا ضمان جناية، وهو على المولى لا على العبد، وقد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر، وهذا أوفق للقواعد وعدم الرجوع رواية "الزيادات" قيد بالعبد؛ لأنه لو كان الآمر حرًا بالغًا ترجع عاقلة الصبي على عاقلته الآمر؛ لأنه مسبّب إذ الولاء له، لما قتله لضعف فيه وليس أمره، كالاعتراف حتى يقال: إن العاقلة لا تتحمل الاعتراف؛ لأن الأمر لا يحتمل الكذب، فهو تسبب، أما الإقرار فيحتمله.

وقيّد بالمحجور؛ لأنه لو كان مكاتبًا بالغًا ترجع عاقلة الصبي بأقل من قيمته ومن الدية، بخلاف ما إذا كان الآخر عبدًا مأذونًا حيث لا يرجع عليه العاقلة إلا بعد العتق. (الكشف مع تقديم

أى وكذا الحكم

عاقلة الصبى، وكذا(١) إن أمر عبدًا عبدٌ قتل رجلين

أي لكل واحد من المقتولين

عمدًا، ولكلٍ وليان، فعفى أحد وليّى كلٍ منهما،

أى سيد العبد أى نصف العبد وهما الوليان اللذان لم يعفوَا أى العبد الكاملة

دفع(٢) سيده نصفه إلى الآخرين، أو فداه بالدية، فإن

العبد أى الرجلين فى المسألة المذكورة

قتل أحدهما عمدًا والآخر خطأ، فعفى أحدُ وليّى

الفاء الجزائية دخلت على ماضٍ من ودى يدى وهوالذى لم يعفُ

العمد، فدى بالدية لوليَّى الخطأ، وبنصفها لأحد وليّى

أى أو دفع المولى العبد أى عبد رجلين عمدًا أى مثل قريبًا الرجلين

العمد، أو دفعه إليهم أثلاثًا(٣)، عبدهما(٤) قتل قريبهما فعفى

وتأخير)

(١) قوله: "وكذا" معناه أن يكون الآمر عبدًا والمأمور أيضًا عبدًا محجورًا عليهما، فيخاطب مولى القاتل بالدفع، أو الفداء، ولا رجوع له على الآمر فى الحال، ويرجع بعد العتق بالأقل من الفداء وقيمة العبد؛ لأنه غير مضطر فى رفع الزيادة، وهذا إذا كان القتل خطأ، وكذا إذا كان عمدًا، والعبد القاتل صغيرًا؛ لأن عمده خطأ على ما بينا، وأما إذا كان كبيرًا يجب القصاص؛ لأنه من أهل العقوبة. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: دفع" أى للمولى الخيار، إن شاء دفع نصف العبد إلى الذين لم يعفُ من ولى القتيلين، وإن شاء فداه هدية كاملة؛ لأنه لما عفا أحد ولى كل واحد منهما سقط القصاص فى الكل، وانقلب نصيب الساكتين مالا، وهو دية كاملة؛ لأن كل واحد من القتلين يجب له قصاص كامل على حدة، فإذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالا، وذلك ديتان، فيجب على المولى عشرون ألفا، أو دفع العبد غير أن نصيب العافيين، سقط مجانًا، فانقلب نصيب الساكتين مال، وذلك ديةٌ واحدة لكل منهما نصف الدية، أو دفع نصف العبد لهما، فيخير المولى بينهما. (الزيلعى)

(٣) قوله: "أثلاثًا" لأن ولى الخطأ حقهما فى الدية عشرة آلاف درهم، وحق ولى العمد فى القصاص، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا، وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم، فإذا فدى، فداه بخمسة عشر ألف درهم، عشرة آلاف درهم لولى الخطأ، وخمسة آلاف لغير المعافى من ولى العمد، وإن دفعه، دفعه إليهم أثلاثًا ثلثيه لولى الخطأ، وثلثيه للساكت من ولى العمد بطريق العول؛ لأن حقهم فى الدية كذلك، فيضرب وليا الخطأ بعشرة آلاف، ويضرب غير العافى من ولى العمد بخمسة آلاف، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله: يدفعه أرباعًا بطريق المنازعة أثلاثًا أربعًا لولى الخطأ،

أحدهما، بطل الكلُّ.

في بيان ما يجب بقتل العبد

فصل[١]

قُتل[٢] عبدٌ خطأ تجب قيمته، ونقص عشرة لو كانت

وربعه لغير العافي من ولي العمد؛ لأن نصفه سلم لولي الخطأ بلا منازعة، واستوت منازعتهم في النصف الآخر، فيتنصّف. (الزيلعي)

(٤) قوله: "عبدهما" معناه إذا كان عبد بين رجلين، فقتل قريبًا لهما كأبيهما أو أخيهما، فعفا أحدهما بطل الجميع، فلا يستحق غير العافي منهما شيئًا من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل، وكذا إذا كان العبد لقريب لهما، أو لمعتقهما فقتل مولاه، فورثاه بطل الكل، وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: يدفع الذي عفا نصف نصيبه إلى الآخر إن شاء، وإن شاء فداه بربع الدية؛ لأن حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع؛ لأن الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى، فإذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر، وهو النصف مالا، غير أنه شائع في كل العبد، فيكون نصفه في نصيبه، ونصفه في نصيب صاحبه، فما أصاب نصيبه سقط؛ لأن المولى لا يستوجب على عبده مالا، وما أصاب نصيب صاحبه ثبت، وهو نصف النصف، وهو الربع، فيدفع نصف نصيبه أو لقرية بربع الدية.

ولأبي حنيفة رحمه الله أن ما يجب من المال يكون حق المولى؛ لأنه بدل دمه، ولهذا قضى منه ديونه، وتنعقد منه وصاياه، ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته، وللولي لا يستوجب على عبده منالا، فلا يعتقه الورثة فيه؛ ، ولأن القصاص لما صار مالا، صار بمعنى الخطأ، وفيه لا يجب شيء، فكذا ما في هو معناه. (الزيلعي)

(١) قوله: "فصل" لما فرغ من جناية العبد على غيره شرع في أحكام الجناية عليه؛ لأن الفاعل يقدم على المفعول وجودًا، فوجب ترتيبه كذلك للمناسبة. (الشلبي)

(٢) قوله: "قتل" أي لو قتل رجل عبدًا خطأ، يجب عليه قيمته، فإن بلغت قيمة العبد دية الحر، بأن بلغت عشرة آلاف درهم أو أكثر منها، أو بلغته قيمة الأمة المقتولة خطأ دية الحرة، بأن بلغت خمسة آلاف درهم، نقص من كل من القيمتين عشرة من الدراهم إظهارًا لدنو رتبته، ولقول ابن مسعود: ولا يبلغ بقيمة العبد دية الحر، وينقص منه عشرة دراهم، رواه القدوري في "شرح مختصر الكرخي"، وبه قال النخعي والشعبي، رواه عبد الرزاق وابن أبي شيبة، وهذا كالمروي عن النبي ﷺ؛ لأن المقادير لا تعرف بالقياس، وإنما طريق معرفتها السماع من صاحب الوحي، وهذا عند أبي حنيفة ومحمد، وأبي يوسف أولا، وهو قول الثوري ورواية عن أحمد.

وقال أبو يوسف آخرًا: تجب قيمته بالغة من بلغت؛ لأن الضمان بدل المالية، ولهذا يجب للمولى، وهو لا يملك إلا من حيث المالية، ولو كان بدل الدم لكان للعبد، إذ هو في حق الدم تبقى

فقط لا خمسة فقط
عشرة آلاف أو أكثر[١]، وفى الأمَة عشرة[٢] من خمسة آلاف،
أى ونقص فى...إلخ أى وفى العبد المغصوب
وفى[٣] المغصوب تجب قيمتُه ما بلغت، وما قدر من دية
إذا هلك فى يد الغاصب أى فالواجب فى يد العبد
الحر قدر من قيمته[٤]، ففى يده نصف قيمته،
لأن قيمة العبد فى القتل كدية الحر
قطع يد عبدٍ، فحرّره سيدُه فمات منه، وله
أى وإن لم يكن له غير المولى اقتص من القاطع .المولى لعبديه
ورثة غيره، لا يقتصّ[٥]، وإلا[٦] اقتصّ منه، قال[٧]:

على أصل الحرية، فصار كالقليل القيمة، وهو مروى عن عمر وعلى، وهو قول مالك والشافعى وأحمد وابن سيرين وابن المسيب وعمر بن عبد العزيز والزهرى وإسحاق ومكحول وإياس بن معاوية والحسن.

ولأبى حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى: ﴿وَدِيَةٌ مُّسَلَّمَةٌ إلى أهلِه﴾ أوجبها مطلقًا من غير فصل بين أن يكون حرًا أو عبدًا، والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية، وهو آدمى، فيدخل تحت النص، وهذا لأن المذكور فى الآية حكمان: الدية والكفارة قيمته، والعبد داخل فيها فى حق الكفارة بالإجماع لكونه آدميًا، فكذا فى حق الدية؛ لأنه آدمى، وهذا يجب القصاص بقتله بالإجماع، ويكون مكلفًا، ولو لا أنه آدمى لما وجب القصاص، ولا كلف كسائر الأموال، غاية الأمر أن يقال فيه: معنى المالية، وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا من الأحكام. (الزيلعى وشرح النقاية)

(١) أى يسقط الزائد على عشرة آلاف بتمامه وعشرة دراهم من عشرة آلاف إن كانت القيمة أكثر من عشرة الآلاف. (الكشف)

(٢) أى نقص عشرة دراهم من خمسة آلاف إن كانت قيمتها خمسة آلاف أو أكثر. (الكشف)

(٣) قوله: "وفى" يعنى إذا هلك العبد فى يد الغاصب، فتجب قيمته بالغة ما بلغت بالإجماع؛ لأن ضمان الغصب يكون باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية. (المجمع)

(٤) قوله: "قيمة" فإن كانت قيمته عشرة لاف أو أكثر يجب خمسة آلاف إلا خمسة دراهم؛ لأن القيمة فى العبد كالدية فى الحر، إذ هو بدل الدم على ما بيناه، فيكون فى يده نصف قيمته، لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة؛ لأن اليد من الآدميّ نصفه، فيعتبر بكله، وينقص هذا المقدار إظهارًا لدنو رتبته. (شرح النقاية)

(٥) قوله: "لا يقتص" وإنما لا يقتص لاشتباه من له الحق؛ لأن المعتبر إن كان وقت الجرح، فالمستحق السيد، وإن كان وقت الموت فكذلك الوارث وحده، أو مع السيد، وجهالة

أى العبدان شجّ كل منهما فى رأسه — أى أرش العبدين أى أرش شجتهما

أحدكما حر فشجا فبين فى أحدهما، فأرشهمـــا للسيد.

رجل — مولاه الخيار أشار إليه بقول دفع...إلخ — المفقود — كاملة

فقأ[١] عينى عبدٍ دفع سيده عبده، وأخذ قيمته، أو أمسكه،

أى نقصان القيمة — أى أو جنت

ولا يأخذ النقصان، جنى[٢] مدبّر أو أم ولد ضمن السيدُ الأقلّ

المقضى له تمنع الحكم، أى بالقصاص، أما الدية فللوارث وحده، أو له مع الولى. (الطحطاوى مع تغيير)

(٦) قوله: "وإلا" أى وإن لم يكن له غير المولى اقتص منه خلافًا لمحمد، فقال: لا يقتص؛ لأن القود يجب بالموت مستندًا إلى وقت الجرح، فإن اعتبر وقت الجرح نسب الولاية الملك، وإن اعتبر وقت الموت، فسببها الوراثة بالولاء، فجهالة سبب الاستحقاق تمنع القود، ولهما أن يقاله السبب لا تعتبر عند تيقن من له الحق. (الطحطاوى بتصرّف)

(٧) قوله: "قال" يعنى إذ قال لعبديه: أحدكما حر، ثم شجا، فبين العتق فى أحدهما بعد ذلك الشج، فأرشهما للمولى؛ لأن العتق غير نازل فى المعين، والشجة تصادف المعين، فبقيا مملوكين فى حق الشجة. (الزيلعى)

(١) قوله: "فقأ" أى إذا فقأ رجل عينى عبد، فالمولى بالخيار، إن شاء دفع العبد المفقوء عينه إلى الفاقى، وأخذ قيمته كاملا، وإن شاء أمسكه، ولا شيء له، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا: إن شاء أمسك العبد، وأخذ ما نقصه، وإن شاء دفع العبد وأخذ قيمته، لهما أنه فى الجناية بمنزلة المال، فأوجب ذلك تخير المولى على الوجه المذكور، كما فى سائر الأموال.

وله أن المالية وإن كانت معتبرًا فى الذات، فالآدمية غير مهدرة فيه وفى الأطراف، ألا ترى أن عبدًا لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدية أو الفداء، وهذا من أحكام الآدمية؛ لأن موجب الجناية شيء المال أن تباع رقبته فيها، ثم من أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم، بل يكون بإزاء الفائت لا غير، ولا فيملك اجنة، ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم، وبتملك الجنة فوفرنا على الشبهين حظهما، فقلنا: بأنه لا ينقسم اعتبارًا للآدمية، ويتملك بالجنة اعتبارًا للمالية، وهذا أولى مما قالا، فلأن فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط، وهو أولى، وإهدار جانب الآدمية وهو أعلى. (المجمع والزيلعى)

(٢) قوله: "جنى" أى إن جنى مدبرًا وجبت أم ولد ضمن السيد الأقل من قيمته، أى قيمة كل منهما ومن الأرش، وقال الشافعى: المدبر فى الجناية، فتكون جناية فى رقبته، ويخير المولى بين أن يدفعه فيباع بالجناية وبين أن يضربه، فلو أراد الفداء فعنه قولان: أحدهما: يفديه بأرش الجناية بالغًا ما بلغ، وهو قول مالك فى تقن، ورواية عن أحمد، وثانيهما: يفديه بالأقل من قيمته ومن أرش الجناية، وهو رواية عن أحمد.

بعد ذلك أي أولى الجناية
من القيمة ومن الأرش، فإن دفع القيمة بقضاء فجنى أخرى
أى لو دفع القيمة ولى الأولى بغير...إلخ أى ولى الجناية الثانية
شارك[1] الثانى الأول، ولو[2] بغير قضاء اتبع السيد، أو ولى
الأولى
الجناية.

وقال مالك: لا يباع المدبر فى جنايته، ويستخدمه المجنى عليه بقدر أرش جناية، فإذا استوفى من خدمته رجع إلى مولاه مدبراً، ويفتدى خدمته بقدر أرش جنايته.

ولنا ما أخرجه ابن أبى شيبة فى "مصنفه": عن معاذ بن جبل عن أبى عبيدة بن الجراح أنه قال: جناية المدبر على مولاه، وأخرج نحوه عن الشعبى والنخعى وعمر بن عبد العزيز والحسن. (شرح النقاية)

(١) قوله: شارك [يعنى شارك ولى الجناية الثانية ولى الجناية الأولى]" أى إذ دفع المولى القيمة لولى الجناية الأولى بقضاء القاضى، ثم جنى جناية أخرى بعد ذلك، فلا شىء على المولى؛ لأن جناياته كلها لا توجب إلا قيمة واحدة، ولا تعدى من المولى بدفعها إلى ولى الجناية الثانية ولى الأولى، فيشاركه فيهما، ويقتسمانها على قدر حقهما. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولو" أى لو دفع المولى القيمة إلى ولى الجناية الأولى بغير قضاء، كان ولى الجناية الثانية بالخيار، إن شاء اتبع المولى بحصته من القيمة، وإن شاء اتبع ولى الجناية الأولى، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: لا شىء على الولى؛ لأنه فعل عين ما يفعله القاضى، ولا تعدى منه بتسليمه إلى الأول؛ لأنه حين دفع الحق إلى مستحقه لم تكن الجناية الثانية موجودة، ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعدّيًا.

ولأبى حنيفة رحمه الله تعالى أن جناية المدبر توجب قيمة واحدة، وهم شركاء فيها، والجناية المتأخرة كالمقارنة، ولهذا يشتركون فيها كلهم جميعًا، ثم إذا دفعها إلى الأول باختياره صار متعدّيًا فى حق الثانى؛ لأن حصته وجبت عليه، وليس له ولاية عليه، فإذا لم ينفذ دفع المولى فى حق الثانى، فالثانى بالخيار، إن شاء اتبع الأول؛ لأنه قبض حقه ظلمًا، فصار به ضامنًا، فيأخذه منه، وإن شاء اتبع المولى؛ لأنه دفع حقه بغير إذنه، فإذا أخذ منه رجع المولى على الأول بما ضمن للثانى، وهو حصته؛ لأنه قبضه بغير حق، فيسترده منه، وهذا لأنه لا يجب عليه إلا قيمة واحدة، فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة. (التكملة)

باب[١] غصب العبد والمدبر والصبى والجناية فى ذلك[٢]

رجل / أى عبد نفسه / أى من قطع اليد يعنى بالسعاية

قطع يدَ عبدِهِ، فغصبه رجلٌ، ومات منه، ضمن[٣] قيمته

المولى / أى من القطع

اقطع، وإن قطع يده فى يد الغاصب، فمات منه برئ[٤]،

عليه عبداً محجوراً عليه / قيمته

غصب[٥] محجور مثلَه فمات فى يده ضمن.

السيد / أى قيمة المدبر

مدبرٌ[٦] جنى عند غاصبه ثم عند سيد ضمن قيمته

---

(١) قوله: "باب" لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر فى هذا الباب جنايتها مع غصبهما؛ لأن المفرد قبل المركب. (الشلبى)

(٢) أى فيما ذكر من العبد والمدبر والصبى.

(٣) قوله: "ضمن" لأن الغصب سبب الملك كالبيع؛ لأن المضمونات تملك عند أداء الضمان مستنداً إلى أول الغصب، ولما كان الغصب من أسباب الملك، كان تخلله بين الجناية والسراية قاطعًا للسراية كالبيع إذا تخلل، فيصير كأن العبد الأقطع هلك عند غاصبه بآفة سماوية، ألا ترى لو أن رجلا قطع يد عبد، فباعه فمات فى يد المشترى، مات من مال المشترى؛ لأن قبض المشترى صار فاصلا بين القطع والهلاك، فكذا هذا. (الطحطاوى)

(٤) قوله: "برئ" بصيرورته متلفًا، فيصير مستردًا؛ لأن ما يصير به المشترى قابضًا للمبيع يصير به المغصوب منه مستردًا للغصب، فيبرأ الغاصب من الضمان. (الطحطاوى والدر)

(٥) قوله: "غصب" أى إذا غصب العبد المحجور عليه عبدًا محجوراً عليه، فمات المغصوب فى يد الغاصب؛ لأن المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله، وهذا من أفعاله فيضمن. (الزيلعى)

(٦) قوله: "مدبر" أى إذا غصب رجل مدبّرًا فجنى عنده جناية، ثم رده على مولاه، فجنى عنده جناية أخرى، ضمن المولى قيمته لولى الجنايتين، فيكون بينهما نصفين؛ لأن موجب جناية المدبر وإن كثرت قيمةٌ واحدةٌ، فيجب ذلك على المولى؛ لأنه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختاراً للفداء، كما فى القن، إذا أعتقه بعد الجنايات من غير أن يعلمها، وإنما كانت القيمة بينهما نصفين لاستواءهما فى السبب. (الزيلعى)

لهمـــــا (أي لولي الجنايتين)، ورجع[١] (المولى) بنصف قيمته على الغاصب، ودفع[٢] (أي المولى) إلى الأول، ثم[٣] رجع به (أي بالذي دفعه إلى ولي الجناية الأولى) على الغاصب، وبعكسه[٤] لا يرجع به (أي بالذي دفعه)

(١) قوله: "رجع المولى" بنصف ما ضمن من قيمة المدبر في الغاصب؛ لأنه ضمن القيمة بالجنايتين، نصفها بسبب كان عند الغاصب، والنصف الآخر بسبب وجد عنده، فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب، فصار كأنه لم يرد نصف العبد؛ لأن رد المستحق بسبب وجد عند الغاصب كل رد. (الزيلعي)

(٢) قوله: "دفع" أي دفع المولى نصف القيمة التي أخذها من الغاصب إلى ولي الجناية الأولى، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: لا يدفعها إليه؛ لأن الذي يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم، ولولي الجناية الأولى؛ لأنه إنما رجع على الغاصب بسبب ذلك، فلا يدفع إليه كيلا يؤدي إلى اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد، وكيلا يتكرر الاستحقاق.

لهما أن حق الأول في جميع القيمة؛ لأنه حين جنى عليه لا يزاحمه فيستحق كله، وإنما انتقض باعتبار مزاحمة الثاني، فإذا وجد شيئًا من بدل العبد في يد المالك فارغًا عن الحق أخذه ليتم حقه.

وقوله: عوض ما سلم لولي الجناية الأولى، قلنا: هو كذلك لكن ذلك في حق المولى والغاصب؛ لأن ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع إلى ولي الجناية الأولى، وأما في حق المجني عليه فهو عوض ما لم يسلم له. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ثم" أي رجع المولى بذلك الذي دفعه إلى ولي الجناية الأولى ثانيًا على الغاصب عندهما؛ لأنه استحق من يده بسبب كان في يد الغاصب، فيرجع عليه بذلك، فصار كأنه لم يرد، ولم يضمن له شيئًا، إذا لم يبقَ له شيء من العبد، أو من بدله في يده. (الزيلعي)

(٤) قوله: "بعكسه" أي بعكس ما ذكر لا يرجع المولى على الغاصب بالقيمة ثانيًا، وصورته: أن المدبر جنى عند مولاه أولا، فغصبه رجل، فجنى عنده جناية أخرى، ثم رده على المولى، ضمن قيمته لولي الجنايتين، فيكون بينهما نصفين، ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة؛ لأنه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب، فيدفعه إلى ولي الجناية الأولى بالإجماع.

أما عندهما فظاهر لما بينا، وأما عند محمد رحمه الله فإنما امتنع الدفع إلى ولي الجناية الأولى في المسألة الأولى كيلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا، وهنا لا يلزم ذلك؛ لأن ما أخذه من الغاصب عوض دفع إلى ولي الجناية الثانية، فإذا دفعه إلى ولي الأولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد، وفي الأولى يجتمع؛ لأنه عوض ما أخذه هو بنفسه، ثم إذا دفعه إلى ولي الأولى لا يرجع به على الغاصب بالإجماع، وهو المراد بقوله: وبعكسه لا يرجع به ثانيًا.

أما عند محمد فظاهر؛ لأنه لم يرجع في المسألة الأولى عنده ثانيًا؛ لأن المولى لما لم يدفع ما

أي في حكم الغصب اتفاقًا واختلافًا
ثانيًا، والقن كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد
أي وفي حكم الجناية بدون الغصب أي الغاصب على المولى
هنا، وثمه القيمة، مدبر[١] جنى عند غاصبه فرده فغصبه،
فجنى على سيده قيمته لهما، ورجع[٢] بقيمته على الغاصب،
أي إلى ولي الجناية الأولى الذي دفعه ثانيًا إلى ولي الجناية الأولى
ودفع[٣] نصفها[٤] إلى الأول، ورجع بذلك النصف على[٥]

أخذه من الغاصب إلى ولي الأولى، سلم له ما أخذه من الغاصب، فلم يتصور الرجوع عليه، وهنا لم يسلم له بالإجماع مع وهذا لا يرجع على الغاصب بالإجماع بما دفع ثانيًا؛ لأن الذي دفعه المولى إلى ولي الجناية الأولى ثانيًا هنا بسبب جناية وجدت عنده، فلا يرجع به على أحد، بخلاف المسألة الأولى عندهما؛ لأن دفع المولى ثانيًا إلى ولي الجناية الأولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب، فيرجع عليه به لما ذكرنا. (الزيلعي)

(١) قوله: "مدبر" أي إذا غصب رجل مدبرًا فجنى عنده جناية، فرده على المولى، ثم غصبه ثانيًا، فجنى عنده جناية أخرى، فعلى المولى قيمته بين ولي الجنايتين نصفين؛ لأنه منعه بالتدبير، فوجب عليه قيمته على ما بينا. (التكملة)

(٢) قوله: "ورجع" لأن الجنايتين كانتا في يد الغاصب، فاستحق كله بسبب كان في يده، فيرجع عليه بالكل، بخلاف المسائل المتقدمة، فإنه هناك استحق النصف بسبب كان عنده، والنصف بسبب كان في يد المالك، فيرجع بالنصف لذلك. (الزيلعي)

(٣) قوله: "ودفع" أي دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيًا إلى ولي الجناية الأولى؛ لأنه استحق كل القيمة لعدم المزاحمة عند وجود جناية، وإنما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد. (التكملة)

(٤) أي نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيًا.

(٥) قوله: "على" أي رجع المولى بالنصف الذي دفع ثانيًا إلى ولي الجناية الأولى على الغاصب؛ لأن استحقاق، وهذا النصف ثانيًا بسبب كان من اليد الغاصب، فيرجع به عليه، ويسلم له ذلك، ولا يدفعه إلى ولي الجناية الأولى؛ لأنه استوفى حقه، ولا إلى ولي الثانية؛ لأنه لا حق له إلا في النصف بسبق حق الأولى عليه، وقد وصل ذلك إليه، وهذا لأن الثاني لم يستحق إلا النصف لوجود المزاحم وقت وجود جناية، والمزاحمة موجودة، فيبقى على ما كان، بخلاف ولي الأولى؛ لأنه استحق الكل وقت الجناية عليه، وإنما رجع حقه إلى النصف للمزاحمة، فإذا وجد شيئًا من بدل العهد أخذه حتى يستوفي حقه. (الزيلعي)

رجل — المراد بغصبه الذهاب — أى بغتة

الغاصب، غصب(١) صبيًا حرًا، فمات في يده فجأةً، أو

الصبى المذكور عند الغاصب

بحمّى لم يضمن، وإن مات بصاعقة، أو نَهِشَ حيّةٍ، فديته

على عاقلة الغاصب، كصبي(٢) أُودع عبدًا فقتله، وإن أُودع

طعامًا فأكله لم يضمن.

---

(١) قوله: "غصب" أى من غصب صبيًا لا يعبر عن نفسه حرًا، فمات عنده فجأة، أو مات بحمى لم يضمن، وإن مات بصاعقة، أو نهش ضمن عاقلة الغاصب دية الصبي، والقياس أن لا يضمن في الوجهين؛ لأن الغصب في الحر لا يتحقق، وهو قول زفر ومالك والشافعي وأحمد.

ولنا وهو وجه الاستحسان أن هذا ضمان إتلاف لا ضمان غصب؛ لأن نقله إلى أرض السباع أو إلى مكان الصواعق تسبب في هلاكه، وتعدّ عليه تفويت يد حافظه، وهو الولي؛ لأن الصواعق والحيات والسباع لا تكون بكل مكان، بخلاف الموت فجأة أو بحمى، فإن ذلك لا يختلف باختلاف الأماكن، حتى لو نقله إلى مكان يغلب فيه الحمى والأمراض ضمن عاقلته الدية لكونه تسبب في هلاكه. (شرح النقاية بتصرّف)

(٢) قوله: "كصبي" أى يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي إذا قتل عبدًا أودع عنده، وإن أودع طعاما فأكله لم يضمن، وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله، وقال أبو يوسف والشافعي: يضمن الصبي المودع في الوجهين.

لأبي يوسف والشافعي أنه أتلف مالا معصومًا متقومًا حقًا للمالك، فيجب عليه ضمانه، ولهما أن المال غير العبد ليس بمعصوم نفسه لنفسه، بل معصوم لحق المالك، وقد فوّت العصمة على نفسه حيث وضع ماله في يد الصبي، بخلاف العبد، فإن عصمته لحق نفسه، إذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم، فلهذا قلنا: بضمان العاقلة قيمة العبد. (الزيلعي والمجمع)

باب(١) القسامة(٢)

فلو علم كان من الخصم، وسقطت القسامة. أى من أهل تلك المحلة

قتيل وُجد فى محلة لم يدر قاتله حلف(٣) خمسون رجلا

أى ولى القتيل متعلق بقوله: حلف

منهم يتخيّرهم(٤) الولى بالله ما قتلناه(٥) وما عملنا له قاتلا، فإن

أى فعلى عاقلة أهل...إلخ فى ثلاث سنين

حلفوا، فعلى أهل المحلّة الدية، ولا(٦) يُحلف الولىّ وحُبس(٧)

(١) قوله: "باب" لما كان أمر القتيل يؤل إلى القسامة إذا لم يعرف قاتله شرع فى بيانها؛ لأنه يحتاج إليها على ذلك التقدير، ثم القسامة عبارة عن الأيمان التى تعرض على خمسين رجلا من أهل المحلة، أو الدار إذا وجد فيها قتيل لم يعرف قاتله، فإن لم تبلغ الرجال خمسين رجلا تكرر اليمين إلى أن يتم خمسين يمينًا. (الشلبى)

(٢) هى لغةً: بمعنى القسم، وهو اليمين مطلقًا، أو شرعًا اليمين بالله تعالى بسبب مخصوص على شخص مخصوص على وجه مخصوص. (الدر المختار)

(٣) قوله: "حلف" لما روى سعيد بن المسيب أن النبى ﷺ بدأ باليهود بالقسامة، وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم، رواه عبد الرزاق وابن أبى شيبة فى "مصنفيهما"، والواقدى فى غزوة خيبر. (الكشف وحاشيته)

(٤) هذا نص على أن الخيار إلى الولى؛ لأن اليمين حقه، والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل، أو أهل الخبرة بذلك، أو صالحى أهل المحلة؛ لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ، فيظهر القاتل. (الزيلعى)

(٥) قوله: "ما قتلناه" هذا على سبيل الحكاية عن الجمع، وأما عند الخلف، فيحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا لجواز أنه قتله وحده، فيجترى على يمينه بالله ما قتلناه يعنى جميعًا، ولا يعكس؛ لأنه إذا قتله مع غيره كان قاتلا له. (ز)

(٦) قوله: "ولا" وقال الشافعى: إذا كان هناك لوث استحلف الأولياء خمسين يمينا، ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدًا كانت الدعوى أو خطأ، وقال مالك: يقضى بالقود فى دعوى العمد، وهو أحد قول الشافعى، واللوث عندهما علامة القتل أو عداوة ظاهرة، أو شهادة عدل، أو جماعة غير عدل، ولنا قوله عليه السلام: «البينة على المدّعى واليمين على المنكر». (الكشف)

(٧) قوله: "وحبس" لأن اليمين مستحقة عليه فيه لذاته تعظيما لأمر الدم، ولهذا يجمع بينه وبين الدية، بخلاف النكول فى الأموال؛ لأن اليمين بدل عن أصل حقه، ولهذا يسقط ببذل

أي عدد خمسين نفراً
الآبى حتى يحلّف، وإن لم يتم العدد كرر[١]
أى على من وجد أقل من الخمسين — إذ لا قول صحيح بصبي ومجنون، واليمين قول صحيح
الحلف عليهم ليتم خمسون، ولا قسامة[٢] على صبى ومجنون وامرأة[٣] وعبد.

من جرح ونحوه
ولا قسامةً، ولا ديةً فى ميتٍ لا أثر به، أو يسيل دم من
أى بخلاف ما إذا سأل الدم من عينه...إلخ
أنفه، أو فمه، أو دبره، بخلاف عينه وأذنه.

وجد على...إلخ
قتيلٌ على دابة معها سائقٌ، أو قائد، أو راكبٌ، فديته
أو لم يكن معها أحد
على[٤] عاقلته، مرّت[٥] دابة عليها، قتيل من بين قريتين فعلى

المدعى عليه المال المدعى، وفيما نحن فيه لا يسقط ببذله الدية. (الزيلعى)

(١) قوله: "كرر" لما روى أن عمر رضى الله عنه كرر اليمين على رجل منهم حين وافى إليه تسعة وأربعون، رواه ابن أبى شيبة عن أبى مليح عنه، وعبد الرزاق عن سعيد بن المسيب عنه) وعن شريح، رواه ابن أبى شيبة، والنخعى رواه عبد الرزاق مثل ذلك.
ولأن الخمسين واجب بالسنة، فيجب إتمامها ما أمكن، ولا يطلب الوقوف على الفائدة لثبوتها بالسنة، ولوسلم لزوم الفائدة فهى استعظام أمر الدم. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "ولا قسامة" لأن القسامة تجب فى القتيل وهذا ليس بقتيل، وإنما مات حتف أنفه، وفى مثله لا قسامة ولا غرامة؛ لأن الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم، فلابد من أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتيل، وذلك بأن يكون به جراحة، أو أثر ضرب أو خنق، فإذا لم يكن به شيء من الأثر لا يكون بفعل البشر، فلا يكون قتيلا، وكذا إذا خرج الدم من فيه أو ذكره أو دبره؛ لأن هذه المخارق يخرج منها الدم عادة، فلا يستدل به على أنه قتيل، بخلاف ما إذا خرج الدم من عينه أو أذنه؛ لأنه لا يخرج عادة إلى من شدة الضرب، فيكون قتيل ظاهراً، فيجرى عليه أحكامه وهو المراد بقوله: بخلاف عينه وأذنه أى بخلاف ما إذا خرج الدم من عينه، أو أذنه. (الزيلعى)

(٣) لأن المرأة والعبد ليسا من أهل النصرة، والقسامة على أهلها.

(٤) قوله: "على" لأنه فى يده فصار كما إذ كان فى داره، وإن اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعًا؛ لأن القتيل فى أيديهم دون أهل المحلة، فصار كما إذا وجد فى دارهم، ولا يشترط أن يكونوا مالكين للدابة. (الزيلعى)

إن كانوا يسمعون صوته، وإلا لا
أقربهما، وإن وُجد في دار إنسان، فعليه
لأن الدار في يده، وعقلها إليه — كان نصرته منهم وقوت بهم
القسامة والدية على عاقلته، وهي على أهل[1] الخَطة دون[2]
أي بيت القسامة على السكان — فإن باعوا كلهم — أي من أهل الخطة
السكان والمشترين، فإن[3] لم يبق واحد منهم، فعلى
والقتيل — بين جماعة — أي الدية مع القسامة
المشترين، وإن وجد[4] في دارٍ مشتركة على التفاوت، فهي
أي فالضمان على...إلخ
على الرؤوس، وإن بيع[5] ولم يقبض[6]، فعلى عاقلة البائع،

(٥) قوله: "مرت" أي إن مرت دابة عليهما قتيل بين قريتين، أو قبيلتين، فالدية على أقرب القريتين؛ لما روى أنه ﷺ أمر في قتيل وجد بين قريتين بأن يذرع فوجد إلى إحداهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة، ولو استويا فعليهما، فلو كان من إحدى القريتين ألف رجل، وفي الأخرى أقل من ذلك، فالدية على القريتين نصفان بلا خلاف، وقيد الدابة اتفاقي، فإن الحكم كذلك إذا وجد طريحا بينهم. (الدرّ والطحطاوي والعيني)

(١) هم الذي خط لهم الإمام، وقسم الأراضي بخطه حين فتحها. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "دون" هذا عند الطرفين رحمهما الله تعالى، وعند أبي يوسف على المشترى أيضًا؛ لأن الضمان إنما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ، ولهذا جعلو القصرين، وولاية الحفظ باعتبار الكون فيها، وقد استووا، فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشترى، ولو كان للخطة تأثير في التقدم لما شاركه المشترى.

ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بتدبير المحلة تنسب إليه دون المشترين، وقلما يزاحم المشترى في التدبير والقيام بحفظ المحلة، فكان هو المختص بالقسامة، ووجوب الدية دون المشترى، وقيل: إنما أجاب الإمام بهذا بناء على ما شاهده من عادة أهل الكوفة في زمانه أن أصحابه الخطة في كل محلة يقومون بتدبير المحلة، ولا يشاركهم المشترون في ذلك. (م)

(٣) قوله: "فإن" أي إن لم يبق واحد من أهل الخطة، فعلى المشترين، وهذا بالإجماع؛ لأن الولاية انتقلت إليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما، وعن أبي يوسف رحمه الله خلعت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم. (الزيلعي)

(٤) قوله: "وإن وجد" أي إذا وجد القتيل في دار مشتركة بين جماعة أنصباءهم فيها متفاضلة، بأن كانت بين ثلاثة مثلا لأحدهم النصف، وللآخر الثلث، وللثالث السدس، تنقسم الدية والقسامة على عدد رؤوسهم، ولا نعتبر بتفاوت الأنصباء؛ لأن صاحب القليل يزاحم صحب الكثير في التدبير، فكانوا سواء في الحفظ والتقصير، فيكون على عدد الرؤوس بمنزلة الشفعة. (الزيلعي)

أى وفى البيع بالخيار لأحدهما
وفى الخيار على ذى اليد، ولا[(١)] يعقل عاقلته حتى يشهد
أى الدار التى وجد فيها قتيل
الشهود أنها لذى اليد، وفى[(٢)] الفلك على من فيها من
بضم الراء جمع راكب — أى فى القسامة على الرد — أى وإذا وجد القتيل فى... إلخ
الركاب والملاّحين، وفى مسجد[(٣)] محلة على أهلها، وفى
هو الطريق العام — ولا دية على أحد — أى دية القتيل
الجامع والشارع لا قسامة[(٤)] والدية على بيت المال،

(٥) قوله: "وإن بيع [أى الدار ذكرها باعتبار المذكور فى "الطائى" بيعت أى دار]" أى إذا بيعت الدار، ولم يقبضها المشترى حتى وجد فيها قتيل، فضمانه على عاقلة البائع، وإن كان فى البيع خيار لأحدهما، فهو على عاقلة الذى فى يده عند الإمام، وعندهما على من يصير الملك له؛ لأنه إنما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ، فلا تجب إلا على من له ولاية الحفظ، والولاية تستفاد بالملك، ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع، وما شرط فيه الخير يعتبر فيه قرار الملك.

وله أن الحفظ لا يكون فى الأيدى؛ لأنه لا يقدر على الحفظ باليد بدون الملك، ولا يقدر عليه بالملك بدون اليد، والحاصل أنه اعتبر اليد، وهما اعتبرا الملك إن وجد، وإلا يتوقف على فرار الملك. (المجمع والزيلعى)

(٦) أى ولم يقبضها المشترى حتى وجد القتيل.

(١) قوله: "ولا" يعنى إذا كانت دار فى يد رجل، فوجد فيها قتيلا لا تعقله عاقلته، حتى يشهد الشهود أنها لصاحب اليد، واليد وإن كانت تدل على الملك إلا أنها تحتمله، فلا تكفى لإيجاب الضمان على العاقلة، كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة؛ لأن ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق، ويصلح للدفع، كما عرف فى الأصول، ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار وغيره. (المجمع)

(٢) قوله: "وفى" أى وجد القتيل فى سفينة، فالدية والقسامة تجبان على من كان فى السفينة من أربابها وسكانها المالك وغير المالك فى ذلك سواء؛ لأنهم فى تدبيرها سواء إذا حزبهم أمر، أما على مذهب أبى يوسف فظاهر لتسويته فى الدار بين السكان والملاك، وأما على قولهما: فلأن السفينة تنقل وتحول، فيكون فى اليد حقيقة، فإنها مركب كالدابة. (المجمع بتصرّف)

(٣) قوله: "وفى مسجد [أى إذا وجد فى... إلخ، ولو كان المسجد للغرباء، فعلى بانيه]" أى وإن وجد القتيل فى مسجد محلة، فالقسامة على أهلها؛ لأن تدبيره إليهم، والقتيل فيه كالقتيل فيها. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "لا قسامة" أى إذا وجد قتيل فى مسجد الجامع أو الشارع الأعظم، لا يدرى قاتله، فلا تجب القسامة، وإنما فيه الدية من بيت المال، أما عدم وجوب القسامة فلأن المقصود

أى لو وجد ليس بقرب عمارة
ويهدر(١) لو فى برية، أو وسط الفرات، ولو محتبسًا(٢)
أى شاطئ النهر أى فالضمان على...إلخ من ذلك الموضع أي ولي القتيل.
بالشاطى، فعلى أقرب القرى، ودعوى الولى على واحد من
التى وجد فيها القتيل أى ودعوى الولى...إلخ أى تسقط القسامة عنهم
غير أهل المحله تسقط القسامة عنهم، وعلى معين منهم لا(٣)،
من المسلمين أى فالقسامة على...إلخ
وإن التقى قوم بالسيوف، فأجلوا عن قتيل، فعلى أهل المحلة(٤)

بالقسامة وفى تهمته القتل، وذا لا يتحقق فى حق العامة، وأما وجوب الدية فلأنه لما كان عامة المسلمين هم المنتفعون بالمسجد الجامع والشارع الأعظم، كان الغرم عليهم، فيدفع من مالهم الموضوع لهم فى بيته.

أطلق المسجد الجامع، وهو مقيد بما إذا لم يعرف بانى المسجد، وإلا فالقسامة عليه، والدية على عاقلته، وقيد بالمسجد والشارع، والمراد بهما كل مكان يكون التصرف فيه لعامة المسلمين. (عز)

(١) قوله: "ويهدر" أى يكون دم القتيل هدرا وجد فى برية أو وجد فى وسط الفرات؛ لأن الفرات لا يدع عليه لأحد، ولا فى ملكه إذا كان يمر به الماء، بخلاف ما إذا كان النهر صغيرًا، بحيث يستحق به الشفعة، حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه، وكذا البرية لا يدع لأحد فيها، ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتيل، حتى لو كانت البرية مملوكة لأحد، أو كانت قريبةً من القرية بحيث يسمع منه الصوت، يجب على المالك على أهل القرية لما بينا. (عز)

(٢) قوله: "ولا محتبسًا [أى ولو كان القتيل محتبسًا]" أى لو كان القتيل محتبسًا لا فى شاطئ النهر، فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع؛ لأن الشط فى أيديهم يستقون منه، ويوردون دوابهم، فكانوا أخص بتصرفه من غيرهم، فيكونوا ضمان الحبس فيه عليهم؛ لأنه كالموضوع بالشط. (الزيلعى)

(٣) قوله: لا" استحسانًا، وفى القياس تسقط القسامة والدية عن الباقين من أهل المحلة، وهو رواية عن أبى يوسف فى غير رواية الأصول، ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم، وإنما عرف بالنص فيما إذا كان من مكان ينسب إلى المدعى عليهم، وادعى المدعى القتل عليهم، أى على جميعهم، ولو حكمًا كالدعوى على بعض مبهم، كما فى البخارى من حديث سهل بن أبى خيثمة، وقالوا للذى وجد فيهم: قتلتم صاحبنا، فيما وراءه، بقى على أصل القياس، وصار كما إذا ادعى القتل على واحد من غيرهم.

وجه الاستحسان أنه لا فصل فى إطلاق النصوص بين دعوى، فتوجبه بالنص لا بالقياس، بخلاف ما إذا ادعى على واحد من غيرهم لعدم النص، والقياس ممتنع. (الكشف وحاشيته بتصرّف)

القوم الذين التقوا بالسيوف
إلا أن يدعى الولىّ على أولئك، أو على معين منهم، وإن قال
بفتح اللام أى من طلب منه الحلف أى قتل القتيل ولا يقبل قوله: فى حق من زعم أنه قتله
المستحلَف منهم: قتله زيد حلف[1] بالله ما قتلت، ولا عرفت
متعلق بشهادة
له قاتلا غير زيد، وبطل[2] شهادة بعض أهل المحلة على قتل
بالجر عطف على غيرهم
غيرهم، أو واحد[3] منهم.

---

(٤) قوله: "أهل المحلة" أن القتيل بين أظهرهم، والحفظ عليهم، فتكون القسامة والدية عليهم، إلا إذا أبرأهم الولى بدعوى القتل على أولئك كلهم، أو على واحد منهم بعينه، فيبرأ أهل المحلة، ولا يثبت على المدعى عليه إلا بحجة على ما بينا.

وقوله: أو على معين منهم إن أريد به الواحد من أهل المحلة يستقيم على قول أبى يوسف رحمه الله؛ لأن أهل المحلة يبرءون بدعوى الولى على واحد منهم بعينه، وهو القياس، وعندهما لا يبرءون وهو الاستحسان، وإن أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف فيستقيم بالإجماع. (الزيلعى بحذف)

(١) قوله: "حلف" لأنه لما أقر بالقتل على زيد صار مستثنى عن اليمين، فبقى حكم من سواه، فيحلف عليه، وهذا قول محمد، وقول أبى يوسف يحلف ما قتلت فقط؛ لأنه عرف القاتل، واعترف به؛ لمحمد أنه يحتمل أن له قاتلا آخر معه، أو يكون فى إقراره كاذبًا. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "بطل" وصورة المسألة: وجد قتيلة فى محلة، وادعى الولى قتله على غيرهم، فشهد اثنان من أهل المحلة، لم تقبل شهادتهما عند أبى حنيفة، وتقبل عندهما، والكلام فيه يرجع إلى أصل متفق عليه، وهو أن كل من انتصب خصمًا فى حادثة، ثم خرج من أن يكون خصمًا لا يقبل شهادته، وإن كل من كان له عرضية أن يصير خصمًا، ثم بطلت هذه العرضية، فشهد فى تلك الحادثة، تقبل شهادته فيها فهما قالا: الثابت فى أهل المحلة عرضية أن يصيروا خصمًا لو ادعى الولى عليهم، وقد بطلت هذه العرضية بالدعوى على غيرهم، فتقبل شهادتهم، كالوكيل بالخصومة إذا عزله قبل أن يخاصم وشهد فى تلك الحادثة.

ولأبى حنيفة رحمه الله أن أهل المحلة صاروا خصمًا فى هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم، ومن صار خصمًا فى حادثة لا تقبل شهادته فيها، وإن خرج عن الخصومة كالوكيل إذا خاصم فى مجلس الحكم، ثم عزله نشهد. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "أو واحد" أى بطل شهادته بعض أهل المحلة على قتل واحد منهم إذا ادعى

على وزن المفاعل -بالفتح-

كتاب(١) المعاقل

أى اسم الدية مبتدأ

هى جمع مَعقلة وهى الدية، كل دية وجبت بنفس(٢) القتل(٣) على العاقلة(٤)، وهى أهل الديوان(٥) إن كان القاتل

خبر وهم العسكر

الولى عليه بعينه؛ لأن الخصومة قائمة مع الكل، والشاهد يقطعهما عن نفسه، فكان منهما فيها. (شرح النقاية)

(١) قوله: "كتاب" لما كان موجب القتل وما فى معناه الدية على العاقلة شرع فى بيان ذلك، وسميت الدية عقلا ومغلظة؛ لأن أهل الديات كانت تعقل بفناء ولى المقتول، ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معقلة، وإن كانت دراهم أو دنانير، وقيل: إنما سميت بالمعقلة لأنها تعقل الدماء عن أن تفسك. (الشلبى)

(٢) خرج ما انقلب ما لا يصلح، أو شبهه كقتل الأب ابنه عمدًا، فديته فى ماله.

(٣) يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح أو بالشبهة؛ لأن الفعل العمد يوجب العقوبة، فلا يستحق التخفيف، فلا يحتمل عنه العاقلة. (الزيلعى)

(٤) قوله: "على العاقلة" الأصل فيه ما صح عن النبى ﷺ أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتلة، فقال أبو القاتلة المقضى عليه: "يا رسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل فمثل ذلك بطل، فقال عليه الصلاة والسلام: هذا من الكهان".

ولأن النفس محترمة، فلا وجه إلى إهدارها، ولا إيجاب للعقوبة على المخطئة؛ لأنه معذور ومرفوع عنه الخطأ، وفى إيجاب الكل عليه عقوبة لما فيه إجحافه واستئصاله، فيضم إليه العاقلة تحقيقا للتخفيف، وإنما كانوا أخص بالضم إليه؛ لأنه إنما يقصر فى الاحتراز لقوة فيه؛ لأن الغالب أن الإنسان إنما لا يحترز فى أفعاله إذا كان قويّا، فكأنه لا يبالى بأحد، وتلك القوة تحصل بأنصاره غالبًا، وهم أخطأوا بنصرتهم له؛ لأنه سبب للإقدام على التعدى، فقصروا بها عن حفظه، فكانوا أولى بالضم إليه. (الزيلعى)

(٥) قوله: "أهل الديوان" وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان، والديون الجريدة من دوّن الكتب إذا جمعها؛ لأنها قطع من القراطيس مجموعة، وفى غرار الأفكار، فإن كان القاتل غازيًا فمن ديوان الغزاة، أو كاتبًا فمن ديوان الكتاب، وقال الشافعى: وهى أهل العشيرة.

ولنا قضية عمر رضى الله عنه فإنه لما دوّن الدواوين جعل العقل على أهل الديوان بمحضر من الصحابة من غير نكير منهم، روى عبد الرزق فى "مصنفه" عن عمر أنه جعل الدية فى الأعطية فى ثلاث سنين، وفى لفظ أنه رضى الله عنه قضى بالدية فى ثلاث سنين فى كل سنة ثلاث على أهل

منهم، وتؤخذ[١] من عطاياهم[٢] في ثلاث سنين[٣]، فإن خرجت العطايا في أكثر من ثلث، أو أقل (من ثلاث سنين) أخذ[٤] منها، ومن لم يكن ديوانيًا (بأن لم يكن له اسم في الديوان) فعاقلته قبيلته[٥] تقسم عليهم في ثلاث سنين، لا يؤخذ من كل (واحد منهم) في كل سنة إلا درهم، أو درهم وثلث، فلم يزد[٦] على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة (دراهم)، فإن لم يتسع القبيلة لذلك ضمّ[٧] إليهم أقرب

الديوان في عطاياتهم. (الكشف وحاشيته)

(١) ولما لم يجد العيني في نسخة شرحها هذا اللفظ قال: من عطاياهم بدل من قوله: منهم.

(٢) قوله: "عطاياهم" ليس بقيد، بل تؤخذ من أرزاقهم أيضًا، الفرق بين العطية والرزق أن الرزق ما يفرض في بيت المال بقدر الحاجة والكفاية مشاهرة أو مياومة، والعطاء ما يفرض في كل سنة لا بقدر الحاجة، بل لصبره وعناءه في أمر الدين. (الدر المختار)

(٣) التقدير به مروي عن النبي ﷺ، ومحكي عن عمر رضي الله عنه.

(٤) قوله: "أخذ" لحصول المقصود؛ لأن المقصود التخفيف وقد حصل، وهذا إذا كانت العطايا للسنين بعد القضاء، حتى لو اجتمعت في السنين الماضية قبل القضاء بالدية، ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها؛ لأن الوجود بالقضاء، ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة في سنة واحدة، يؤخذ منها كل الدية؛ لأنها بعد الوجوب، إذ الوجوب بالقضاء، وقد حصل المقصود بذلك، وهو التخفيف. (الزيلعي)

(٥) وهي عصبته النسبية والقبلة بنو أب واحد؛ لأنه نصرته لهم، وهي المعتبرة في الباب.

(٦) قوله: "فلم يزد" وقال مالك وأحمد في رواية: لا تقدير في أخذها، بل يحملون ما يطيقون لا يثبت إلا بالتوقيف منه؛ ولا نص فيه، فيفوض إلى رأي الحاكم، كتقادير النفقات، وقال الشافعي وأحمد في رواية: يجب على الغني نصف دينار؛ لأنه أقل ما قدر في الزكاة، وعلى المتوسط ربع دينار؛ لأن ما دون ذلك تافه لا تقطع اليدفيه، وقلنا: العقل صلة تجب على سبيل المواساة كالنفقة، فيستوي المتوسط والغني. (شرح النقاية)

(٧) قوله: "ضم" اختلفوا في آباء القاتل والأبناء، قيل: يدخلون لقربهم، وقيل: لا يدخلون لأن الضم لنفي الحرج، حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة، وهذا المعنى إنما يتحقق

القبائل نسبًا على ترتيب العصبات، والقاتل كأحدهم[١]، وعاقلة المعتق قبيلة[٢] مولاه، ويعقل[٣] عن موالى الموالات مولاه وقبيلته، ولا يعقل[٤] عاقلةٌ جناية العبد والعمد، وما لزم صُلحا، أو اعترافًا، إلا أن يصدقوه[٥]، وإن جنى حر على عبد خطأ، فهى[٦] على عاقلته.

(ليتحقق معنى التخفيف — أى كواحد من العاقلة — بفتح التاء — أى قبيلة مولاه الذى عاقده. — بأن قتل العبد إنسانًا — بأن قتله — أى الدية)

عند الكثرة، والآباء والأبناء لا يكثرون. (الزيلعى)

(١) قوله: "كأحدهم" لأنه هو الفاعل، فلا معنى لإخراجه، ومؤاخذة غيره، وقال الشافعى: لا شيء عليه اعتبارًا للجزء بالكل فى النفى عنه، والجامع كونه معذورًا.

قلنا: إيجاب الكل إجحاف لا إيجاب الجزم، ولو كان الخاطئ معذورًا، فالبريء عنه أولى، قال تعالى: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَى﴾. (الكشف)

(٢) لأن النصرة بهم، وقد قال عليه السلام: مولى القوم -بفتح التاء-.

(٣) قوله: "ويعقل" لأنه ولاء يتناصر به، فأشبه ولاء العتاقة، وفيه خلاف الشافعى رحمه الله تعالى. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "ولا يعقل" لحديث ابن عباس موقوفًا ومرعوعًا: «لا تعقل العواقل عمدًا ولا عبدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما دون أرش الموضحة نصف عشر بدل النفس»، قال محمد بن الحسن: معناه يقتل العبد حرًا، فليس على عاقلة مولاه من جناية عبده، ثم قال: هذا قول أبى حنيفة.

وقال الأصمعى: لو كان المعنى على ما قال أبو حنيفة رحمه الله لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد، وأجيب: بأن عقلةً يستعمل فى معنى عقلت عنه، والأحسن فى الجواب أنه من باب الحذف والإيصال، والأصل عن عبد، وأقوى دليل على ذلك ما رواه الإمام محمد فى "موطئه" بسنده إلى ابن عباس أنه قال: «لا تعقل العاقلة عمدًا ولا صلحًا ولا اعترافًا ولا ما جنى المملوك فقد جعل الجانى مملوكًا». (الكشف وحاشيته)

(٥) فتجب عليهم؛ لأن الامتناع إنما كان لحقهم، ولهم ولاية على أنفسهم.

(٦) قوله: "فهى" لأنه ضمان الآدمى، فتجب على العاقلة إذا كان القتل خطأ، قياسًا على الحر، وقال الشافعى فى قول: تجب على القاتل؛ لأنه بدل المال عنده حتى أوجب قيمته بالغة ما بلغت، ولا خلاف فى أطراف العبد، أن ضمانها لا يجب على العاقلة؛ لأنه يسلك بها مسلك الأموال، ولا تعقل. (المجمع)

كتاب[1] الوصايا[2]

يعم الوصية والإيصاء — أى الوصية

الوصية تمليك مضاف إلى ما بعد[3] الموت، وهى مستحبة[4]، ولا تصح[5] (الوصية أى لا تنفذ) بما زاد على الثلث، ولا لقاتله ووارثه

(١) قوله: "كتاب" قال الشراح: إيراد كتاب الوصايا فى آخر الكتاب ظاهر المناسبة، إذ آخر الأحوال من الآدمى فى الدنيا الموت، والوصية معاملة وقت الموت، أقول: يرد عليه أن كتاب الوصايا ليس بمورود فى آخر هذا الكتاب، وإنما المورود فى آخره كتاب الخنثى، كما ترى، تعلم أن كثيرًا من أصحاب التصانيف أوردوه فى آخر كتبهم، لكن الكلام فى شرح هذا الكتاب. (التكملة)

(٢) الإيصاء طلب شىء من غيره ليفعله على غيب من حال حياته، وبعد وفاته، وفى الشرع ما ذكره فى "المختصر".

(٣) قوله: "ما بعد الموت" والقياس يأبى جوازها؛ لأنه تمليك مضاف إلى زوال حال مالكيته، ولو أضيف إلى حال قيامها، كأن قال: مالكتك غدًا، كان باطلا، فهذا أولى.
وجه الاستحسان حاجة الناس؛ لأن الإنسان مغرور بأمله، مقصر فى عمله، فإذا عرض له المرض، وخاف يحتاج إلى تلافى بعض ما فرط منه بماله على وجه مضى يتحقق قصده المالى، ولو أنهضه البرء يصرفه إلى مطلبه الحالى، وفى شرع الوصية ذلك، فشرع، وقد تبقى المالكية بعد الموت بقدر الحاجة، كما فى التجهيز والدين، وقد نطق بها الكتاب: ﴿مِنْ بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِي بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ والسنة، قال عليه السلام: «إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة لكم فى أعمالكم تضعونها حيث شئتم»، رواه ابن ماجه فى "سننه"، وعليه إجماع الأمة. (الكشف وحاشيته)

(٤) قوله: "مستحبة" فإن قلت: القول باستحباب الوصية يخالفه الكتاب والسنة، أما الكتاب فقوله تعالى: ﴿كُتِبَ عَلَيْكُمْ إِذَا حَضَرَ أَحَدَكُمُ الْمَوْتُ إِنْ تَرَكَ خَيْرًا الْوَصِيَّةُ﴾.
أما السنة فلقوله عليه الصلاة والسلام: «لا يحل لرجل يؤمن بالله واليوم الآخر إذا كان له مال يريد الوصية فيه أن يبيت ليلة أو ليلتين إلا ووصيته مكتوبة عند رأسه».
قلت: الآية منسوخة بآية المواريث، والحديث شاذّ فى عموم البلوى، أو نقول: كان ذلك قبل نزول المواريث، أو المراد الأخذ بمكارم الأخلاق، أى لا يليق. (عز)
وإنما تكون مستحبة إذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى، كالزكاة والصيام والحج أو الصلاة، فهى واجبة. (العينى)

(٥) قوله: "ولا تصح" هنا أمور: الأول: عدم صحة الوصية بما زاد على الثلث، والثانى: عدمها لقاتل الموصى، والثالث: للوارث، والرابع: صحتها بشرط إجازة الورثة.

إن لم تجـز الـورثة[١]، ويوصى[٢] المسـلم للذمـى وبالعـكس، وقبولها[٣] بعد موته، ويبطل ردّها وقبـولها فى حياته، وندب[٤]

أما الأول فلقوله عليه الصلاة والسلام فى حديث سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه قال: «مرضت عام الفتح مرضًا أشفقت على الموت فأتانى رسول الله ﷺ يعودنى، فقلت: يا رسول الله! إن لى مالا كثيرًا، وإنما يرثنى ابنتى، أوصى بمالى كله؟ قال: لا، قلت: فبالثلث؟ قال: الثلث والثلث كثير»، رواه أصحاب الكتب الستة.

وأما الثانى: فالقتل أعم من أن يكون عمدًا أو خطأ إذا كان مباشرة، قيدنا بالمباشرة؛ لأن التسبب فى القتل لا يمنع الوصية ولا الإرث؛ لأنه ليس بقتل حقيقة، وقال الشافعى: تصح الوصية للقاتل، ولنا ما رواه الدارقطنى من قوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية للقاتل»؛ ولأنه استعجل ما أخره الله، فيحرم الوصية كما يحرم الميراث.

وقال أبويوسف: لا تجوز للقاتل وإن أجازت الورثة، فإن قلت: ما رواه الدارقطنى، ففى "سنده" مبشر عن عبيد -وقال: الدارقطنى: بشر- يتردد بين من يضع الحديث، وأيضًا معارض بإطلاق قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا﴾ بعموم حديث: إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم، قلت: إن كلا من الآية والحديث خص منه الوصية للوارث بدليل الإجماع على ذلك، فليكن إخراج القاتل بالقياس، ويستأنس له بهذا الحديث، فهو زيادة خير.

وأما الثالث: فلما أخرجه أبوداود والترمذى وابن ماجه عن إسماعيل بن عباس رضى الله عنهما عن شرحبيل بن مسلم عن أبى أمامة أن النبى ﷺ خطب، فقال: «إن الله قد أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث»، قال الترمذى: حديث حسن صحيح، وأخرجه أيضًا الترمذى والنسائى وابن ماجه عن قتادة عن شهر بن حوشب عن عبد الرحمن بن غنم عن عمرو بن خارجة عن النبى ﷺ قال: «لا وصية لوارث إلا أن يشاء الورث»، ويعتبر كونه وارث وقت الموت، لا وقت الوصية.

أما الرابع: فلما روينا؛ ولأن امتناع الوصية فيها إنما هو الحق الورثة، فإذا أسقطوه سقط. (عز)

(١) راجع إلى الثلاثة المذكورة وهى الوصية بما زاد على الثلث والقاتل والوارث.

(٢) قوله: "يوصى" أى يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للسملم، فالأول لقوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللهُ﴾ والثانى لأنهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين فى المعاملات، ولهذا جاز التبرع المنجز فى حالة الحياة من الجانبين، فكذ المضاف إلى ما بعد الممات. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وقبولها" أى قبول الوصية بعد موت الموصى؛ لأن أوان ثبوت حكمها بعد الموت، فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله، كما لا يعتبران قبل الوصية، فصار كما إذا قال لامرأة: أنت طالق على ألف درهم غدا، فإن ردها قبولها قبل مجيء الغد باطل لما ذكرنا. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وندب" أى يستحب أن يوصى بأقل من الثلث، سواء كانت الورثة أغنياء أو

النقص من الثلث، وملك[١] بقبوله إلا[٢] أن يموت[٣] الموصى له بعد موت الموصِي قبل قبوله، ولا تصح[٤] وصية المديون إن

فقراء؛ لأن التنقيص صلة الرحم بترك ماله عليهم، وفى استكمال الثلث استيفاء تمام حقه، فلا صلة ولا منّة. (الزيلعى)

(١) قوله: "وملك" لأن الوصية إثبات ملك جديد، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره بلا اختيار. (المجمع)

(٢) قوله: "إلا" فإن الموصى له يملك الوصية، وتصير الورثة الموصى له، ولا حاجة إلى القبول، وهذا استحسان، والقياس أن تبطل الوصى بالإقرار؛ لأن أحدا لا يقدر على إثبات الملك لغيره بدون اختياره، فصار كموت المشترى قبل القبول بعد إيجاب البائع.

ووجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصى، وقد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته، وإنما يتوقف لحق الموصى له، فإذا مات دخل فى ملكه، كما فى البيع المشروط له الخيار قبل الإجازة. (المجمع بتصرّف)

(٣) فإن المال الموصى يكون لورثة الموصى له بلا قبول استحسانًا.

(٤) قوله: "ولا تصح" أما عدم صحة وصية المديون فلأن الدين مقدم على الوصية بالإجماع، وإن كانت الوصية مقدمة فى الذكر فى قوله تعالى: ﴿مِن بَعْدِ وَصِيَّةٍ يُوصى بِهَا﴾ لأنه أهم لكونه فرضًا، والوصية بغير الواجب تبرع، وبالواجب وإن كان فرضًا، لكن حق العبد مقدم، وحق الشارع من الصلاة وغيرها يسقط بالموت على ما عرف فى مواضعه، فتكون الوصية به كالتبرع، وقال على رضى الله عنه: إنكم تقرءون الوصية قبل الدين، وكان رسول الله ﷺ يبدأ بالدين.

وأما عدم صحة الوصية من الصبى فلأنه تبرع كالهبة والصدقة، وذلك لأن اعتبار عقله فيما ينفعه دون ما يضره، ألا يرى أنه لا يعتبر عقله فى حق الطلاق أو العتاق؛ لأن ذلك يضره باعتبار أصل الوضع، فكذا تمليك المال بطريق التبرع فيه ضرر باعتبار أصل الوضع، وإن كان تنفق نافعا باعتبار الحال، والمعتبر فى النفع والضرر النظر إلى أوضاع التصرفات لا إلى ما يتفق بحكم الحال.

وأما وصية المكاتب فعلى ثلاثة أقسام: قسم باطل بالإجماع، وهو الوصية بعين من أعيان ماله؛ لأنه لا ملك له حقيقة، وقسم يجوز بالإجماع، وهو ما إذا أضاف الوصية إلى من يملكه بعد العتق، بأن قال: إذا عتقت فثلث مالى وصية لفلان، حتى لو عتق قبل الموت بأداء بدل الكتابة، أو جبره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله، وإن لم يعتق حتى مات عن وفاء، بطلت الوصية؛ لأن الملك لم يوجد له حقيقة، وإنما ثبت بطريق الضرورة، فلا يظهر فى حق نفاذ الوصى.

وقسم مختلف فيه، وهو ما إذا قال: أوصيت بثلث مالى لفلان، ثم عتق، فالوصية باطلة، وعندهما جائزة. (الزيلعى بتصرّف وزيادة)

كانت دينه محيطًا، والصبى والمكاتب، وتصح[١] الوصية للحَمل، وبه إن ولدت لأقل مُدَّته من وقت الوصية، ولا تصح[٢] الهبة له، وإن أوصى بأمة إلا حملها، صحّت[٣] الوصية والاستثناء، وله[٤] الرجوع عن الوصية قولا وفعلا، بأن باع، أو وهب، أو قطع الثوب، أو ذبح الشاة، والجحود[٥] لا يكون[٦]

---

(١) قوله: "وتصح" أما الأول فلأن الوصية استخلاف من وجه؛ لأنه يجعله خليفة فى بعض ماله، والجنين يصلح خليفة فى الإرث، فكذا فى الوصية، إذ هى أخته، غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك، بخلاف الهبة؛ لأنها تمليك محض، ولا ولاية لأحد عليه حتى يملكه شيئًا.

ولا يقال: الوصى شرطها القبول، والجنين ليس من أهله، فكيف تصح؟ لأنا نقول: الوصية تشبه الهبة، وتشبه الميراث، فلشبهها بالهبة يشترط القبول إذا أمكن، ولشبهها بالميراث يسقط إذا لم يمكن عملا بالشبهين، ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول، وأما الثانى وهو ما إذا أوصى بالحمل فلأنه يجرى فيه الإرث، فتجرى فيه الوصية أيضًا؛ لأنها أخته. (الزيلعى)

(٢) قوله: ولا تصح" لأن الهبة من شرطها القبول، والقبض، ولا يتصور ذلك من الجنين، ولا يلى عليه أحد حتى يقبض عنه، فصار كالبيع. (الزيلعى)

(٣) قوله: "صحت" لأن الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا، وإنما يستحق بإطلاق تبعًا، فإذا أفرد الإمام بالوصية صح إفراده؛ ولأن الحمل يجوز إفراده بالوصية، فكذا استثناءه منها؛ لأن كل ما جاز إيراد العقد عليه جاز إخراجه من العقد على ما مر فى البيوع، ويكون الاستثناء منقطعًا بمعنى "لكن"، إذ لم يدخل تحت اللفظ. (الزيلعى)

(٤) قوله: "وله" لأنه تبرع لم يتم، فله الرجوع كالهبة، ولأن القبول يتوقف على الموت، وإبطال الإيجاب قبل القبول صحيح، كما فى البيع. (الكشف)

(٥) أى الإنكار، بأن قال له رجل: هل أوصيت فأنكر.

(٦) قوله: "لا يكون" لأن الرجوع إثبات فى الماضى، نفى فى الحال، والجحود نفى فى الحال والماضى، فلا يكون رجوعًا حقيقة، ولم يستعمل فيه مجازًا، بأن يكون قوله: ما كنت أوصيت مجاز عن قوله: رجعت للتضاد ليس من العلاقات فى الألفاظ الشرعية، ذكر فى "المبسوط": أنه رجوع، وفى "عيون المذاهب": وبه يفتى. (الكشف وحاشيته وشرح النقاية والمجمع)

رجوعًا.

باب[١] الوصيّة بثلث المال ونحوه

أوصى لذا بثلث ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تُجز الورثة، فثلثه لهما[٢]، وإن أوصى لآخر بسُدس ماله، فالثلث بينهما أثلاثا[٣]، وإن أوصى لأحدهما بجميع ماله، ولآخر بثلث ماله، ولم تجز الورثة فثلثه بينهما نصفان[٤]، ولا يُضرب[٥] للموصى

(١) قوله: "باب" لما كان أقصى ما يدور عليه مسائل الوصايا عند عدم إجازة الورثة ثلث المال، ذكر تلك المسائل التي تتعلق به في هذا الباب بعد ذكر مقدمات هذا الكتاب. (المجمع ومحمد إعزاز على غفر له)

(٢) أي للموصى لهما المذكورين؛ لاستواءهما في الاستحقاق، والمحل يقبل الشركة، ويضيق عن حقها.

(٣) قوله: أثلاثًا" فيقسمان الثلث على قدر حقهما، فيجعل السدس سهمًا؛ لأنه الأقل، فصارت ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم، لصاحب الثلث سهمان؛ لأن كلا منهما يدلى بسبب صحيح، وضاق الثلث، فيقسم الثلث على قدر حقهما، كما في الديون. (العيني والكشف)

(٤) قوله: "نصفان" هذا عند الإمام، وعندهما يربع الثلث، فيكون لصاحب الثلث ربعه، ولصاحب الكل ثلاثة أرباعه، وهذا الخلاف مبنى على أصل مختلف فيه بين الإمام وصاحبيه، وإلى هذا أشار بقوله: ولا يضرب... إلخ. (عز)

(٥) قوله: "ولا يضرب... إلخ" في "شرح الوقاية": المراد بالضرب الضرب المصطلح بين الحسّاب، فإذا أوصى بالثلث والكل فعند أبي حنيفة سهام الوصية اثنان لكل واحد نصف يضرب النصف في ثلث المال، والنصف في الثلث يكون نصف الثلث، وهو السدس، فلكل سدس المال.

وعندهما سهام الوصية أربعة، والواحد من الأربعة بربع، فيضرب الربع في ثلث المال، والربع في الثلث، يكون ربع الثلث لصاحب الكل ثلاثة من أربعة، وهي ثلاثة أرباع الثلث، فيضرب ثلاثة الأرباع في الثلث بمعنى ثلاثة أرباع الثلث، ولصاحب الثلث واحد من أربعة، فيضرب الواحد في الثلث، وهو الربع بمعنى أربع الثلث، هذا معنى الضرب، وقد تحير فيه كثير من الضعفاء. (شرح النقاية)

فإن الموصى له يضرب فيها بأكثر من الثلث

له بأكثر من الثلث إلا[١] فى المحاباة[٢] والسعاية[٣] والدراهم[٤] المرسلة، وبنصيب[٥] ابنه بطل، وبمثل نصيب ابنه صحّ، فإن[٦]

---

(١) إنما فرّق أبو حنيفة بين هذه الصور الثلاث وغيرها ؛ لأن الوصية إذا كانت مقدرة على الثلث كالنصف والثلثين وغيرهما فلأن الشرع أبطل الوصية بالزائد، فيكون ذكره لغوا، فلا يعتبر فى حق الضرب، بخلاف ما إذا لم تكن مقدرة لشيء من المال، كما فى الصور الثلاث، فإنه ليس فى العبارة ما يكون مبطلا للوصية، كما إذا أوصى بخمسين درهمًا، واتفق أن ماله مائة درهم، فإن الوصية غير باطلة بالكلية لإمكان أن يظهر له مال فوق المائة، وإذا لم تكن باطلة بالكلية تكون معتبرة فى حق الضرب. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "المحاباة" صورتها أنه إذا كان عبدان لرجل قيمة أحدهما ألف ومائة، وقيمة الآخر ست مائة، فأوصى بأن يباع أحدهما لفلان بمائة، والآخر لفلان بمائة، فإن المحاباة حصلت لأحدهما بألف، وللآخر بخمسمائة، والكل وصية لكونها فى حالة المرض، فإن لم يكن للموصى مال غيرهما، ولم تجز الورثة جازت المحاباة بقدر الثلث، فيكون بينهما أثلاثًا، يضرب الموصى له بالألف بحسب وصيته، وهى الألف، والموصى له الآخر بحسب وصيته، وهى خمس مائة، فلو كان هذا كسائر الوصايا على قول الإمام وجب أن لا يضرب الموصى له بألف أكثر من خمس مائة. (المجمع)

(٣) قوله: "السعاية" صورتها أن يوصى بعتق عبدين قيمة أحدهما ألف، وقيمة الآخر ألفان، ولا مال له غيرهما، إن أجازت الورثة عتقا جميعًا، وإن لم يجيزوا عتقًا جميعًا من الثلث و ثلث له ألف، فالألف بينهما على قدر وصيتهما ثلثا الألف للذى قيمته ألفان، ويسعى فى الباقى، والثلث الذى قيمته ألف، ويسعى فى الباقى. (المجمع)

(٤) قوله: "والدراهم" المرسلة أى المطلقة عن كونها ثلثا أو نصفا أو نحوهما، فصورتها أن يوصى لرجل بألفين، والآخر بألف، وثلث ماله ألف، ولم تجز الورثة، فإنه يكون بينهما أثلاثًا. (المجمع)

(٥) قوله: "وبنصيب" أى الوصية بنصيب ابنه باطلة، والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة، وقال زفر: كلتاهما صحيحة ؛ لأن الجميع ماله فى الحال، وذكر نصيب الابن للتقدير به ؛ ولأنه يجوز أن يحذف المضاف، وأقام المضاف إليه مقامه، فقوله: أوصيت بنصيب ابنى أى بمثل نصيبه، ومثله شائع لغة، قال الله تعالى: ﴿وَاسْأَلِ الْقَرْيَةَ﴾ -أى أهلها-.

ولنا أن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت، فكان وصية بمال الغير، بخلاف ما إذا أوصى بمثل نصيب ابنه ؛ لأن مثل الشيء غيره، وأما يجوز حذف المصنف إذا كان هناك ما يدل عليه، كما فى الآية ؛ لأن السؤال يدل على المسؤول، وهو الأهل، ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف، فلا يجوز. (التكملة)

كان له ابنان فله الثلث، وبسهم[1]، أو جزء من ماله، فالبيان إلى الورثة، فإن قال: سُدس مالي لفلان، ثم قال: له ثلث مالي، له ثلث ماله، وإن قال: سدس مالي لفلان، ثم قال: له سدس مالي، له[2] السدس، وإن[3] أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه له ما بقي، ولو رقيقًا أو ثيابًا أو دورا له ثلث

---

(٦) قوله "فإن" أي فلو كان له ابنان، وأوصى بمثل نصيب ابنه لآخر، فللموصى له الثلث، والقياس أن يكون النصف عند إجازة الورثة؛ لأنه أوصى له بمثل نصيب ابنه، ونصيب كل واحد منهما النصف، ووجه ما في المتن أنه قصد أن يجعله مثل ابنه، لا أن يزيد نصيب ابنه، وحاصله أن يجعل الموصى له كأحدهما. (المجمع)

(١) قوله: "وبسهم" إذ إذ أوصى بسهم أو بجزء من ماله، كان بين ذلك إلى الورثة، فيقال لهم: أعطوه ما شئتم؛ لأنه مجهول يتناول القليل والكثير، والوصية لا تمنع بالجهالة، والورثة قائمون مقام الموصى، فكان إليهم بيانه. (الزيلعي)

(٢) قوله: "له" يعني سدسًا واحدا سواء قال ذلك في مجلس واحد أو في مجلسين؛ لأن السدس ذكر معرفا بالإضافة إلى المال، والمعرف إذا أعيد معرّفًا كان الثاني عين الأول. (الزيلعي)

(٣) قوله: "وإن" أي وإن أوصى بثلث دراهم، وأوصى بثلث غنمه فهلك ثلثا الدراهم، أو ثلثا الغنم، فللموصى له ما بقي من الدراهم أو الغنم، ولو أوصى بثلث رقيقه أو ثيابًا، ودوره، فهلك ثلثا ذلك، وبقي الثلث، فللموصى له ثلث ما بقي، وهو قول زفر رحمه الله في المسألة الأولى، والفرق لنا أنه في الجنس الواحد يمكن جمع الحق الشائع لكل واحد في فرد، والوصية مقدمة على الميراث، فجعلناها في الواحد، فصارت كالدراهم.

كما إذا أوصى بالدرهم الواحد، وثلاثة دراهم، فهلك اثنان فله الدرهم الباقي، بخلاف الأجناس المختلفة، حيث لا يمكن الجمع فيها جبرا، فإنه إذا تركها ميراثًا وطلب بعض الورثة القسمة، وأبى الباقون، فإن القاضي لا يجبرهم على القسمة، فلهذا لا يمكن تقديم الوصية على الميراث؛ لأنه إذا تعذر الجمع تعذر التقدم؛ لأن فيه الجمع، فبقي الكل مشتركًا بين الورثة، والموصى له أثلاثًا، فما هلك على الشركة، وما بقي بقي عليها أثلاثًا. (العيني مع تصرّف والطحطاوي)

أى لو أوصى بألف... الخالية

ما بقى، وبألف(١) وله عين ودين، فإن خرج الألف من ثلث

أى إلى الموصى له — أى فيدفع إليه ثلث العين — بعد ذلك

العين دفع إليه، وإلا(٢) فثلث العين، وكلما خرج شىء من

الدين له ثلثه حتى يستوفى الألف وبثلثه لزيد وعمرو، وهو

الموصى ثلث مالى بين — حالية

ميّت لزيد كله(٣)، ولو(٤) قال: بين زيد وعمرو، وعمرو ميّت

شخص حالية — وقت الوصية — الموصى

لزيد نصفه، وبثلثه(٥) له ولا مال له، له ثلث ما يملكه عند

---

(١) قوله: "وبألف" إلى قوله: العين، أى إذ أوصى بألف درهم وله عين ودين، فإن خرج الألف من ثلث العين دفع إليه؛ لأن إيفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد، فيصار إليه، وإن لم يخرج الألف من ثلث العين، دفع إلى الموصى له ثلث العين، ثم كلما خرج شىء من الدين دفع إليه ثلثه حتى يستوفى حقه، وهو الألف؛ لأن الموصى به شريك الوارث فى الحقيقة، ألا ترى أنه لا يسلم له شىء حتى يسلم الورثة ضعفه، وفى تخصيصه بالعين بخس فى حق الورثة؛ لأنه للعين مزينة على الدين؛ ولأن الدين ليس بمال مطق فى الحال، ولهذا لو حلف أنه لا مال له، وله دين على الناس، لا يحنث، وإنما يصير مالا عند الاستيفاء، وباعتبار تناولته الوصية، فيعتدل النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين أثلاثًا، فيصار إليه. (الزيلعى)

(٢) أى وإن لم يخرج الألف من ثلث العين.

(٣) قوله: "كله" أى إذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله، وعمرو ميت، فالثلث كله لزيد؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يزاحم الحى الذى هو أهله، كما إذا أوصى لزيد وجدار. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ولو" أى إذا قال: ثلث مالى بين زيد وعمرو ميت، كان لزيد نصف الثلث؛ لأن كلمة بين توجب التنصيف، فلا يتكامل لعدم المزاحمة، بخلاف ما إذا قال: لفلان وفلان، فإذا أحدهما ميت، حيث يكون للحى كل الثلث؛ لأن الجملة الأولى كلام يقتضى الاختصاص بالحكم، إلا أن العطف يقتضى الشركة فى الحكم المذكور، والمذكور وصية بكل الثلث، والتنصيف بحكم المزاحمة، فإذا زالت المزاحمة يتكامل. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وبثلثه" أى إذا أوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له وقت الوصية، كان له ثلث ما يملكه عند الموت؛ لأن الوصية عقد استخلاف مضاف إلى ما بعد الموت، ويثبت حكمه بعده، فيشترط وجود المال عند الموت، سواء كان اكتسبه بعد الوصية أو قبله بعد أن لم يكن الموصى به عينًا أو نوعًا معينًا. (الزيلعى والتفصيل فيه)

أي وله أوصى بثلثه... إلخ
موته وبثلثه(١) لأمهات أولاده، وهن ثلث، وللفقراء والمساكين
أسهم أسهم
لهن ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم للمساكين،
أي وأوصى بمائة درهم
وبثلثه(٢) لزيد، وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه، وبمائة(٣)
أي وأوصى بمائة درهم لرجل آخر أي للموصى له الثالث
لرجل، وبمائة لآخر، فقال لآخر: أشركتك معهما(٤) له ثلث

---

(١) قوله: "وبثلثه" أي إذا أوصى بثلث ماله لأمهات أولاده، وللفقراء والمساكين، وأمهات أولاده ثلث، يقسم الثلث أخماسًا، فلهن ثلاثة أسهم، ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم، وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد: يقسم أسباعًا؛ لأن المذكور لفظ الجمع، وأدناه في الميراث قال الله: ﴿وَإِنْ كَانَ لَه إِخْوَةٌ فَلأمِّه السُّدُسُ﴾ وقال تعالى: ﴿وَإِنْ كُنَّ نِسَاءً فَوقَ اثْنَتَينِ﴾ الآية، والمراد بالآيتين اثنان، فكان من كل طائفة اثنان، وأمهات الأولاد ثلاثة، فكان المجموع سبعة، فيقسم أسباعًا.

ولهما أن اسم الجنس المحلى بالألف واللام يتناول الأدنى مع احتمال الكل، كالمفرد المحلى بهما؛ لأنه يراد بهما الجنس إذا لم يكن ثم معهود، قال الله تعالى: ﴿لا يَحِلُّ لَكَ النِّسَاءُ مِن بَعْدُ﴾ وقال تعالى: ﴿وَجَعَلْنَا مِنَ الْمَاءِ كُلَّ شَيْءٍ حَيٍّ﴾ ولا يحتمل ما بينهما، فتعين الأدنى لتعذر إرادة الكل، ولهذا لو حلف لا يشترى العبيد يحنث بالواحد، فيتناول من كل فريق واحد، وأمهات الأولاد ثلاث، فبلغ السهام خمسةٌ، وليس فيما قال دلالة على ما ذكر؛ لأن المذكور في الآيتين نكرةٌ، وكلامنا في المعرفة، حتى لو كان فيما نحن فيه منكرًا، قلنا: كما قال. (الزيلعي)

(٢) قوله: "وبثلثه" أي إذا أوصى بثلث ماله لزيد والمساكين، كان لزيد النصف، وللمساكين النصف، وهذا عندهما، وعند محمد رحمه الله تعالى ثلثه لزيد، وثلثاه للمساكين، وقد بينا مأخذ كل واحد من الفريقين. (الزيلعي)

(٣) قوله: "وبمائة" إلى قوله: منهما، يعني إذا أوصى لرجل بمائة درهم، وللآخر بمائة، ثم قال لآخر: قد أشركتك معها، فله ثلث كل مائة، ولو أوصى لرجل بأربع مائة درهم، وللآخر بمائتين، ثم قال لآخر: قد أشركتك معها كان له نصف ما كل واحد منهما؛ لأن الشركة للمساواة لغة، ولهذا حمل قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ على المساواة، وقد أمكن إثبات المساواة بين الكل في الأولى، لاستواء المالين، فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة، فتم له ثلثا المائة، ويأخذ كل واحد منهما ثلثي المائة، ولا يمكن المساواة بين الكل في الثانية لتفاوت المالين، فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له، فيأخذ النصف من كل واحد من المالين. (الزيلعي)

(٤) أي مع الاثنين اللذين أوصى لكل منهما برأيه.

أى ولو أوصى بأربع...إلخ أى لشخص أى لشخص آخر أى للموصى

كل مائة، وبأربع مائة له وبمائتين لآخر، فقال لآخر: أشركتك

أى مع الاثنين المذكورين أى من الموصى له الأول، والموصى له الثانى

معهما له نصف مال كل منهما.

وإن قال لورثته: لفلان عليّ دينٌ فصدّقوه، فإنه يصدّق[1]

الرجل أى ثلث ماله

إلى الثلث، فإن أوصى بوصايا عُزل[2] الثلث لأصحاب

لكل واحد من الفريقين

الوصايا، والثلثان للورثة، وقيل[3] لكل صدقوه فيما شئتم، وما

أى لأصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين

بقى من الثلث فللوصايا[4]، ولأجنبى[5] ووارثه له نصف

---

(١) قوله: يصدّق" ولا يصدق قياسًا؛ لأن الإقرار بالمجهول وإن كان صحيحًا، لكنه لا يحكم به إلا بالبيان، وقد فات بموتهم.

ولقائل أن يقول: لم لا يجوز أن يتوب عنه الوليان فى البيان، كما فى فصل الوصية بجزء المال، كما عرف فى الكتاب.

وقوله: فصدقوه، صدر مخالفًا للشرع؛ لأن المدعى لا يصدق إلا بحجة فلا يصح بيانًا لإقرار، فتعذر إثباته إقرارًا.

وجه الاستحسان أنا نعلم أن من قصده تقديمه على الورثة، وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية، وقد يحتاج إلى مثل هذا الكلام من يعلم أصل الحق عليه، دون مقداره سعيًا منه فى تفريغ ذمته، فيجعلها وصية جعل التقدير فيها إلى الموصى له، كأنه قال: إذا جاءكم فلان، وادعى شيئًا، فأعطوه من مالى ما شاء، وهذا معتبرة من الثلث (الكشف وحاشيته بتغيير وتصرّف)

(٢) قوله: "عزل [لأن الإرث معلوم، وكذا الوصايا معلومة، وهذا مجهول، فلا يزاحم المعلوم، فيقدم عزل المعلوم]" إنما عزل الثلث والثلثان لأن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق، وأبصر به، والآخر الدوالح، وربما يختلفون فى الفضل إذا ادعاه الخصم، فإذا أقررناه ثلثًا علمنا أن فى التركة دينًا شائعًا فى جميع التركة، فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة بيانه، فإذا بينوا شيئًا أخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به، والورثة بثلثى ما أقروا به؛ لأن إقرار كل فريق نافذ فى حق نفسه، فيلزمه بحصته. (الزيلعى بتغيير)

(٣) على كل فريق منهم اليمين على العلم إن ادعى المقر الزيادة.

(٤) قوله: "فللوصايا" لأنهم كانوا مأمورين بالتصديق فيما شاؤوا، ولو شيئًا يسيرًا، ولما امتثلوا الأمر، فالباقى بعد ذلك الشيء سلم عن مشاركة المقر له. (الكشف)

(٥) قوله: ولأجنبى" أى إذا أوصى لأجنبى ووارثه، كان للأجنبى نصف الوصية،

الوصية، وبطل وصية الوارث، وبثياب[١] متفاوتة لثلاثة، فضاع ثوب ولم يدر أى، والوارث يقول لكل هلك حقك: بطلت إلا[٢] أن يسلموا ما بقى، فلذى[٣] الجيّد ثلثاه، ولذى

وبطلت الوصية للوارث؛ لأنه أوصى بما يملك وبما لا يملك، فصح فيما يملك، وبطل فى الآخر، بخلاف ما إذا أوصى لحى وميت، حيث يكون الكل؛ لأن الميت ليس بأهل للوصية، فلا يصلح مزاحمًا، والوارث من أهلها، ولهذا تصح بإجازة الورثة فافترقا. (الزيلعى)

(١) قوله: "وبثياب [مثل أن قال فى أصل الإيجاب: لبكر الجيد، ولزيد الوسط، ولعمر الردىء]" أى إذ أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط وردىء لثلاثة أنفس، لكل واحد منهم بثوب، فضاع منها ثوب، ولا يدرى أيهما، صار الوارث يجحد ذلك، بأن يقول لكل واحد منهم: هلك حقك، أو حق أحدكم، ولا أدرى من هو، فلا أدفع إليكم شيئًا، بطلت الوصية؛ لأن المستحق مجهول، وجهالته تمنع صحة القضاء، وتحصيل غرض الموصية، فتبطل كما إذا أوصى لأحد الرجلين. (الزيلعى)

عمم الشارح قول الورثة، فقال: يقول لكل واحد منهم...إلخ، وقال فى "الكشف" فى تفسير قول الماتن: أى يحتمل أن يكون حقك هالكًا، أى بطل حق واحد منكم، ولا ندرى من هو، وإلا فالجزم ببطلان حق كل منهم لا يتصور إلا بهلاك جميع الأثواب، ووضع المسألة ليس كذلك. (عز)

(٢) قوله: "إلا" أى إلا أن يسلم الورثة ما بقى من الثياب، فحينئذٍ تصح الوصية؛ لأنها كانت صحيحة فى الأصل، وإنما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم، فإذا سلموا الباقى زال المانع، فعادت صحيحة على ما كانت، فيقسم بينهم. (الزيلعى)

(٣) قوله: "فلذى" لأن الثوبين إنما يقسمان بين الثلاثة على هذا الوجه، وهو أن يأخذ كل واحد منهم ثلثى ثوب، وإنما تعين حق صاحب الجيد فى الجيد إذ لا حق له فى الردىء بيقين، ويحتمل أن يكون حقه فى الجيد منهما بأن يكون هو الجيد والأصل، ويحتمل أن يكون حقه فى الضائع، بأن كان هو الأجود، فكان تنفيذ وصيته فى محل يحتمل أن يكون حقه أولى.

وإنما تعين حق صاحب الردىء إذ حق له فى الجيد بيقين، ويحتمل أن يكون حقه فى الردىء منهما، بأن يكون هو الردىء الأصلى، ويحتمل أن يكون حقه فى الضائع، بأن يكون هو الأردأ، فكان فينفذ وصيته فى محل يحتمل أن يكون حقه أولى.

وإنما تعين حق الآخر فى ثلث كل من الثوبين؛ لأن صاحبه الجيد لما أخذ بثلثى الجيد، وصاحب الردىء ثلث الردىء لم يبقَ إلا ثلث كل واحد منهما، فقد تعين حقه فى ذلك ضرورة. (الطحطاوى)

أي ثلث الثوب...إلخ / أي معين...إلخ

الرديء(١) ثلثاه، ولذى الوسط ثُلث كل، وببيت(٢) عين من دار

بينهما / أي في نصب الموصى

مشتركة وقسّم ووقع في حظه، فهو للموصى له، والأمثل

أي مثل الوصية في الحكم المذكور / أي بعينها / أي شخص آخر / هذه الوصية

ذرعه، والإقرار(٣) مثلها، وبألف(٤) عين من مال آخر، فأجاز

---

(١) أي ويعطى لصاحب الثوب الرديء... إلخ.

(٢) قوله: "وببيت" معناه إذا كانت الدار مشتركة بين اثنين، فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل، فإن الدار تقسم، فإن وقع البيت في نصيب الموصى، فهو للموصى له، وإن وقع في نصيب الآخر، فللموصى له مثل ذرع البيت، وهذا عن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله، وقال محمد رحمه الله: له نصف البيت إن وقع في نصيب الموصى، وإن وقع في نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت؛ لأنه أوصى بملكه، وملك غيره لكون الدار مشتركة، فنفذ وصيته في ملكه، ويتوقف الباقي على إجازة صاحبه، فإن ملكه لا تنفذ الوصية السابقة، كما إذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه، فإذا اقتسموها ووقع البيت في نصيب الموصى، نفذ الوصية في عين الموصى به، وهو نصف البيت.

وإن وقع في نصيب صاحبه، كان له مثل نصف البيت؛ لا يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به.

ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالتسمية؛ لأن الظاهر أنه يقصد الإيصاء بملك منتفع به من كل وجه على الكمال، وذلك يكون بالقسمة؛ لأن الانتفاع بالمشاع قاصر، وقد استقر ملكه في جميع البيت، إذا وقع في نصيبه، فتنفذ الوصية فيه، ومعنى المبادلة في القسمة تابع، والمقصود تكميل المنفعة، ولهذا يجبر على القسمة فيه، ولا تبطل بالوصية إذا وقع البيت كله في نصيب شريكه، ولو كانت مبادلة لبطلت. (الزيلعي والمجمع)

(٣) قوله: "والإقرار [ببيت معين من دار مشتركة]" يعني إذا أقر ببيت معين من دار مشتركة كان مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليمه كله إن وقع البيت في نصيب المقر عندهما، وإن وقع في نصيب غيره يؤمر بتسليم قدر زرعه، وعند محمد يؤمر بتسليم نصفه إن وقع في نصيب المقر وقدر نصف ذرعه إن وقع في نصيب الغير. (المجمع)

(٤) قوله: "وبألف" أي إذا أوصى رجل بألف درهم بعينها من مال غيره، فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى، ودفعه إليه جاز، وله الامتناع من التسليم بعد الإجازة؛ لأنه تبرع بمال الغير، فيتوقف على إجازة صاحبه، فإذا أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع، فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرّعات، بخلاف ما إذا أوصى بالزيادة على الثلث، أو للقاتل أو للوارث فأجازتها الورثة، حيث لا يكون لهم أن يمتنعوا من التسليم؛ لأن الوصية في نفسها صحيحة لصادقتها ملكه، وإنما امتنع لحق الورثة، فإذا أجازوها سقط. (الزيلعي)

أي إلى الموصى له — أي ولصاحب المال — أيضًا

رب المال بعد موت الموصى، ودفعه صح، وله المنع بعد الإجازة، وصح[١] إقرار أحد الابنين بعد القسمة[٢] بوصية أبيه

أي إذا أوصى لرجل بأمة — ولدًا — أي موت الموصى

فى ثلث[٣] نصيبه، وبأمة[٤] فولدت بعد موته،

الأمة والولد — أي من ثلث ماله — أي الجارية والولد — أي الموصى له

وخرجا من ثلثه فهما له، وإلا[٥]

---

(١) قوله: "وصح" معناه إذا اقتسم لابنان تركة أبيهما، وهو ألف درهم مثلا، ثم أقر أحدهما لرجل أن أباهما أوصى له بثلث ماله، فإن المقر يعطيه ثلث ما فى يده، وهذا استحسان، والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده، وهو قول زفر رحمه الله؛ لأن إقراره بالثلث له تضمن إقراره بمساواته إياه، والتسوية فى إعطاء النصف ليبقى له النصف، فصار كما إذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما، وهذا لأن ما أخذه المنكر كالهالك، فيهلك عليهما.

وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع فى جميع التركة، وهى فى أيديهما، فيكون مقرًا له بثلث ما فى يده، وبثلث ما فى يد أخيه، فيقبل إقراره فى حق نفسه لولايته على نفسه، ولا يقبل فى حق أخيه، لعدم الولاية عليه، فيعطيه ثلث ما فى يده.

بخلاف ما إذا أقر أحدهما بالدين عل أبيهما، حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما فى يد المقر حتى يستوفى دينه، ولا شىء للمقر إن لم يفضل منه شىء؛ لأن الدين مقدم على الميراث، فيكون مقرًا بتقدمه عليه، فيقدم عليه، ولا كذلك الوصية؛ لأن الموصى له شريك للورثة، فلا يخذ شيئًا إلا إذا أسلم للوارث ضعف ذلك، ولا نسلم أنه أقر بالمساواة، بل أقر له بثلث التركة، وإنما حصلت المساواة باتفاق الحال، ولهذا لو لم يكن له أخ، فأقر له بالوصية، لا يزيد حقه على الثلث، ولو كان مقرًا له بالمساواة لساواه حالة الانفراد أيضًا، بخلاف ما إذا أقر بأخ ثالث، وكذبه أخوه، حيث يكون ما فى يد المقر بينهما نصفين؛ ولأنه أقر له بالمساواة، فيساويه مطلقًا، ولهذا لو كان وحده أيضًا ساواه، فيكون ما أخذه المنكر هالكًا عليهما. (الزيلعى بحذف)

(٢) أى بعد أن اقتسما تركة أبيها، وهو ألف درهم مثلا.

(٣) يتعلق بقوله صح، أى صح إقراره فى ثلث نصيبه.

(٤) قوله: "وبأمة" أى إذا أوصى لرجل بجارية، فولدت بعد موت الموصى ولدًا، وكلاهما يخرجان من الثلث، فهما للموصى له؛ لأن ما يحدث من النماء قبل القسمة يحدث على ملك الميت، ولذا يقضى ديونه منه، فتنفذ الوصية فيهم جميعًا فى الأم أصالة، وفى الولد تبعًا لاتصاله بالأم. (الزيلعى والكشف)

(٥) قوله: "وإلا" أى وإن لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث، وأخذنا يخصه من الأم أولا، فإن فضل شىء أخذه من الولد، وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه، وقالا: يؤخذ

أى وإن لم يخرجه من الثلث   أى ثم أخذ من الولد   أى ولو أوصى لابنه

أخــــذ منهــا ثم منـــــــه، ولابنـــه(١) الكافر أو الرقيق فى

راجع إلى الابن الكافر راجع إلى الابن الرقيق

مرضـه فأسلم، أو أعتق بطل كـهـبتـه(٢) وإقراره(٣)، والمقـعد(٤)

منهما جميعًا، فلو كان له ست مائة درهم، وأمة تساوى ثلث مائة درهم، فأوصى بالجارية، ثم مات، فلو ولدت قبل القسمة ولدًا يساوى ثلاث مائة، فللوصى له الأم، وثلث الولد عنده، وعندهما ثلثا كل واحد منهما.

وله أن الأم أصل، والولد تبع فى الإيجاب، والتبع لا يزاحم الأصل، فلو نفذنا الوصى فيهما جميعًا تنتقض الوصية فى بعض، وذلك لا يجوز، أى لا يجوز انتقاض الوصية فى بعض الأصل لمزاحمة التبع. (الزيلعى والكشف وحاشيته)

(١) قوله: "ولابنه" أى إذا أوصى لابنه الكافر، أو لابنه الرقيق فى مرضه، فأسلم الابن، أو عتق قبل موت الأب، ثم مات من ذلك المرض، بطلت الوصية له، كما تبطل الهبة له، والإقرار له بالدين أما الوصية، فلأن المعتبر فيها حالة الموت، وهو وارث فيها، فلا يجوز له، والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف فى موضعه.

وأما الإقرار فإن كان الابن كافرًا فلا إشكال فيه؛ لأن الإقرار وقع لنفسه، وهو وارث بسبب كان ثابتًا عند الإقرار، وهو البنوة، فيمتنع لما فيه من تهمته إيثار البعض، فكان كالوصية، فصار كما إذا كان له ابن، وأقر لأخيه فى مرضه، ثم مات الابن قبل أبيه المقر، وورثته أخوه المقر له، فإن الإقرار له يكون باطلا، لما ذكرنا، كذا هذا.

بخلاف ما إذا أقر لامرأة فى مرضه، ثم تزوجها حيث لا يبطل الإقرار لها؛ لأنها صارت وارثة بسبب حادث، والإقرار ملزم بنفسه، وهى أجنبية حال صدوره، فيلزم لعدم المانع من ذلك، ويعتبر من جميع المال، بخلاف الوصية لها؛ لأنها إيجاب عن الموت، وهى وارثة عنده، فلهذا اتحد الحكم فيهما فى الوصية، وافترق فى الإقرار حتى لو كانت الزوجية قائمة عند الإقرار، وهى غير وارثة، بأن كانت نصرانية، أو أمة ثم أسلمت قبل موته، أو أعتقت لا يصح الإقرار لها، فقيام السبب حال صدوره.

وإن كان الابن عبدًا فإن كان عليه دين لا يصح إقراره له؛ لأن الإقرار وقع له، وهو وارث عند الموت، فيبطل كالوصية، وإن لم يكن عليه دين صح الإقرار؛ لأنه وقع للمولى إذ العبد لا يملك. (الزيلعى)

(٢) أى كبطلان هبته لابنه الكافر أو الرقيق، ثم أسلم الابن، أو أعتق قبل موت الأب، ثم مات فى ذلك المرض.

(٣) أى وكبطلان إقراره فى مرض موته لابنه الكافر، أو الرقيق بشىء ثم أسلم، أو عتق قبل موت الأب. (العينى)

(٤) بضم الميم وفتح العين هو من لا يقدر على القيام.

السل قرحة فى الرئة
والمفلوج(١) والأشلّ(٢) والمسلول أن تطاول ذلك(٣)، فلم يخف
أى من ذلك المرض الذى ابتلى به كالأصحّاء
منه الموت، فهبته من كل المال(٤)، وإلا(٥) فمن الثلث.

أى فى مرض الموت
باب(٦) العتق فى المرض

مبتدأ، أى تحرير الرجل عبده أى هبة الرجل فى مرضحتى تعتبر من الثلث
تحريره فى مرض موته، ومحاباته(٧) وهبته(٨) وصية(٩) ولم

---

(١) الفالج ذهاب الحس والحركة من أحد شقى البدن، وسلامة الشق الآخر. (الكشف)

(٢) الشلل فساد فى اليد أو الرجل.

(٣) أى المرض الذى كل واحد من هؤلاء مبتلى به.

(٤) قوله: من كل المال" لأنه إذ تقادم العهد صار تبعًا من تباعه، كالعمى والعرج، وهذا لأن المانع من التصرف مرض الموت، ومرض الموت ما يكون سببًا للموت غالبًا، وإنما يكون سببًا للموت غالبًا إذا كان سببًا، بحيث يزداد حالا فحالا إلى أن يكون آخره الموت، وأما إذا استحكم وصار بحيث لا يزاد، ولا يخاف منه الموت، لا يكون سببًا للموت، كالعمى ونحوه، إذ لا يخاف منه، ولهذا لا يشتغل بالتداوى. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وإلا" أى وإن لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث إذا كان صاحب فراش، ومات منه فى أيامه؛ لأنه من ابتداءه يخاف منه الموت، ولهذا يتداوى، فيكون لمرض الموت، وإن صار صاحب فراش بعد التطاول، فهو كمرض حدث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث. (الزيلعى)

(٦) قوله: "باب" لما كان الإعتاق فى المرض فى معنى الوصية لوقوعه تبرعًا فى زمان تعلق حق الورث، ذكره فى كتاب الوصايا، ولكن أخره عما هو صريح فى الوصية، لكون الصريح هو الأصل فى الدلالة. (الشلبى)

(٧) قوله: "ومحاباته [أى محاباة الرجل فى مرض موته وهى من الحباء وهو العطاء]" صورته أن يبيع ما يساوى مائة بخمسين أو يشترى ما يساوى خمسين بمائة، فالزائد على قيمة المثل فى الشراء، والناقص فى البيع محاباة. (الطحطاوى)

(٨) قوله: "وهبته" أى إذا اتصل بها القبض قبل موته، أما إذا مات ولم تقبض فتبطل الوصية؛ لأن هبة المريض هبة حقيقة، وإن كانت وصية حكمًا. (الطحطاوى)

(٩) قوله: "وصية" حكم هذه التصرفات كحكم وصية شبهت بالوصية، ولم تكن وصية؛ لأن الوصية إيجاب بعد الموت، وهذه التصرفات منجزة فى الحال، لكن له كانت فى المرض، صارت كحكمه التعلق أحق الورثة. (الطحطاوى بتصرّف)

العبد عتقه المريض أى المحاباة من التحرير

يسع[١] إن أُجيز، فإن[٢] حابى فحرر، فهى أحق، وبعكسه[٣]

رجل

استويا، وإن أوصى بأن يُعتق عنه بهذا المائة عبدٌ، فهلك منها

الوصية بالعتق أى ولو أوصى بعتق...إلخ المولى

درهم، لم تنفذ[٤] بخلاف الحج به، وبعتق[٥] عبده فمات،

بالجناية الوصية العبد، بأن فداه الورثة أى ولو أوصى بثلثه

فجنى ودفع بطلت، وإن فدِى لا[٦]، وبثلثه[٧] لزيد، وترك عبداً

(١) قوله: "ولم يسع" أى إذا جازت الورثة العتق فى المرض، فلا سعاية على المعتق؛ لأن العتق فى المرض وصية على ما بيناه، وهى تجوز بأزيد من الثلث بإجازة الورثة، فلا يلزمه شيء؛ لأن المنع لحقهم فيسقط بالإجازة على ما بينا. (الزيلعى)

(٢) قوله: "فإن" أى إذا حابى ثم أعتق فالمحاباة أولى، وإن أعتق ثم حابى فهما سواء، وهو المراد بقوله: وبعكسه استويا، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله.

وقالا رحمهما الله: هما سواء فى المسألتين صورته: له عبدان قيمة أحدهما اثنا عشر، والآخر ستة، فباع الأعلى من زيد بستة، ثم أعتق الأرخص، ولم يكن له مال سواءهما، فالثلث لزيد، وفى عكسه الثلث بين زيد، والأرخص والأصل أن الوصايا إذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث لا يقدم بعضها على بعض، إلا العتق والمحاباة الواقعين فى المرض، فيقدمان على سائرهما.

أما العتق فلأنه أقوى؛ لأنه لا يلحقه الفسخ، وكذا المحاباة؛ لأنه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصى، ثم المحاباة أقوى من العتق لثبوتهما فى ضمن عقد المعاوض، فكانت تبرعًا معنى، لا صيغة، والإعتاق تبرع معنى وصيغة، فإذا وجدت المحاباة أولا، دفع الأضعف، وإذا وجد العتق أولا، وثبت وهو لا يحتمل الفسخ، كان من ضرورة المزاحمة. (الزيلعى والكشف)

(٣) أى بعكس الحكم المذكور، وهو أن يعتق أولا، ثم يحابى.

(٤) قوله: "لم تنفذ" وقالا ينفذ بما بقى كالحج، وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى جارية فتنفيذها فى المشترى بأقل منها تنفيذ لغير الموصى له، بخلاف الوصية بالحج، لأنها قربة محضة، هى حق الله تعالى، والمستحق لم يتبدل، وصار كما إذا أوصى لرجل بمائة، فهلك بعضها يدفع الباقى إليه. (الكشف)

(٥) قوله: "وبعتق" أى إذا أوصى بعتق عبده، فمات المولى، فجنى العبد، ودفع بالجناية بطلت الوصية؛ لأن الدفع قد صح؛ لأن حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى، فكذا على حق الموصى له، وهو العبد نفسه؛ لأنه يتلقى الملك من جهة الموصى، وملك الموصى باق إلى أن يدفع به، ويزول ملكه، فإذا خرج عن ملكه بطلت الوصية، كما إذا باعه الوصى، أو وارثه بعد موت بالدين. (الزيلعى)

(٦) قوله: "لا [أى لا تبطل الوصية]" أى لا تبطل الوصية إن فداه الورثة، وكان الفداء

أى ادعى الوارث أنه أعتقه فى مرضه

فادعى زيد عتقه فى صحته، والوارث فى مرضه، فالقول

مع يمينه — وهو الموصى له

للوارث، ولا شيء لزيد إلا أن يفضل من ثلثه شيء، أو يُبرهن

أى على أن العتق وقع فى الصحة — على الميت — ولا مال له ما غيره فى الصحة

على دعواه، ولو ادعى رجل دينًا، والعبد عتقًا،

العبد — وهو مدعى الدين

وصدقهما الوارث، سعى[1] فى قيمته، وتدفع إلى الغريم،

أى لو أوصى بحقوق — وصلية — الموصى

وبحقوق[2] الله تعالى قُدّمت الفرائض، وإن أخرها كالحج

فى أموالهم؛ لأنهم هم الذين التزموه، وجازت الوصية؛ لأن العبد طهر عن الجناية، فصار كأن لم يجنى. (الزيلعى)

(٧) قوله: وبثلثه" أى إذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد، وأقر الموصى له، والوارث أن الميت أعتق هذا العبد، فقال الموصى له أعتقه فى الصحة، وقال الوارث أعتقه فى المرض، فالقول قول الوارث، ولا شيء للموصى له إلا أن يفضل من الثلث شيء، أو تقوم البينة أن العتق كان فى الصح.

أما اعتبار قول الورثة فلأن الموصى له يدعى استحقاق ثلث الباقى من التركة بعد العتق؛ لأن عتق الصحة نافذ من جميع المال، والوارث ينكره؛ ولأن الظاهر شاهد للوارث؛ لأن العتق حادث والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات، وأما أنه لا شيء لزيد، فلأن العتق فى المرض مقدم على الوصية، وأما إذا فضل من ثلثه شيء، فلعدم المزاحم حينئذٍ، وأما فى صورة البرهان فلأن الثابت برهانًا كالثابت عينًا. (الزيلعى والكشف مع تغيير وتصرّف)

(١) قوله: سعى" هذا عند الإمام، وعندهما لا يسعى لهما أن الدين والعتق فى الصحة ظهرا معًا لتصديق الوارث فى كلام واحد، فكأنهما وقعا معًا، والعتق فى الصحة، لا يوجب السعاية.

وله أن الإقرار بالدين أقوى؛ لأنه فى المرض يعتبر من كل المال، والإقرار بالعتق يعتبر من الثلث، فيجب أن يبطل العتق، لكنه لا يحتمل البطلان، فيبطل معنى بإيجاب السعاية عليه.

ولأن اسناد العتق إلى الصحة إنما يصح إذا لم يوجد شغل الدين، وقد وجد الدين هنا، فمنع الإسناد، فوجب رده بالدين ورده بالسعاية. (المجمع بتصرّف)

(٢) قوله: "وبحقوق "أى ولو أوصى بحقوق الله تعالى، قدمت الفرائض منها، وإن أخر الموصى الفرائض فى الذكر؛ لأنها أهم من النفل، والظاهر منه البداية بما هو الأهم، والمرد بالبداية البداية فى الإعطاء، فلا ينافيه قول الماتن، وإن أخرها. (عز)

يبدأ بكفارة قتل، ثم يمين، ثم ظهار، ثم إفطار الحقوق إن ضاق عنها الثلث الموصي

والزكاة والكفارات، وإن تساوت فى القوة بدئ[١] بما بدأ

أي لو أوصى بحجة...إلخ أي عن الموصى

به، وبحجة[٢] الإسلام أحجّوا عنه رجلا من بلده يحج

أي فأحجوا عنه من حيث يبلغ الثلث

راكبا، وإلا[٣] فمن حيث يبلغ، ومن خرج من بلده حاجّا، فمات فى الطريق، وأوصى بأن يحج[٤] عنه من بلده، والحاج[٥]

أى مثل من خرج حاجًا حكمًا وخلافًا

عن غيره مثله

---

(١) قوله: "بدئ" لأن الظاهر أنه يبتدئ بالأهم ثم الزكاة متقدمة على الحج فى رواية عن أبى يوسف لتعلق حق العباد بها فى أخرى عنه، وهو قول محمد يقدم الحج لقيامه بالنفس والمال، وهو مقدمان على الكفارات لما جاء فيهما من الوعيد ما لم يأت فيها قال تعالى: ﴿وَالَّذِيْنَ يَكْنِزُوْنَ الذَّهَبَ وَالْفِضَّةَ وَلا يُنفِقُونَهَا فِي سَبِيلِ اللهِ فَبَشِّرْهُم بِعَذَابٍ أَلِيمٍ﴾، وقال تعالى: ﴿وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ اللهَ غَنِيٌّ عَنِ الْعَالَمِينَ﴾، وقال ﷺ: «من مات وعليه حجة الإسلام إن شاء مات يهوديًا وإن شاء مات نصرانيًا»، ثم الكفارات على صدقه الفطر لوجوبها بنص القرآن، ثم هى على الأضحية للاتفاق على وجوبها. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "وبحجة" أى إذا أوصى بحجة الإسلام أحجوا عنه رجلا من بلد يحج عنه راكبًا؛ لأن الواجب عليه أن يحج من بلده، فيجب عليه الإحجاج كما وجب؛ لأن الوصية لأداء ما هو الواجب عليه، وإنما شرط أن يكون راكبًا؛ لأنه لا يلزمه أن يحج ماشيًا، فوجب على الإحجاج على الوجه الذى لزمه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وإلا" أى إن لم يبلغ الثلث النفقة إذا أحجوا عنه من بلده أحجوا عنه من حيث يبلغ، والقياس أن لا يحج عنه؛ لأنه أوصى بالحج على صفة، وقد عدمت تلك الصفة فيه، ولكن جاز استحسانًا؛ لأن مقصوده تنفيذ الوصية، فيجب تنفيذها ما أمكن، ولا يمكن على هذا الوجه فيؤتى بها على وجه يمكن وهو أولى من إبطاله. (الزيلعى)

(٤) قوله: "ويحج" عند أبى حنيفة، وقال من حيث بلغ لقوله تعالى: ﴿وَمَن يَّخرُجْ مِنْ بَيتِه مُهَاجِرًا إِلَى اللهِ وَرَسُولِه﴾ الآية، وبه قال الشافعى وأحمد، وله أن عمله بطل بموته فيبدأ، والآية فى حق أحكام الآخرة من الثواب، وهذا الخلاف فيمن له وطن، وأما من لا وطن له، فيحج عنه من حيث مات بالإجماع؛ لأن وطنه حيث حل. (العينى)

(٥) قوله: "والحاج" أى المأمور بالحج عن الغير فحج عنه، فمات فى الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه إذا مات فى الطريق حتى يحج منه ثانيًا من وطنه عند أبى حنيفة رضى الله عنه، وعندهما من حيث مات الأول، وقد ذكرنا فى كتاب الحج. (الزيلعى)

من الأهل والأصهار والأختان, ونحو ذلك

باب[١] الوصية للأقارب وغيرهم

أى جيران الشخص / أى أصهار الشخص

جيرانه[٢] ملاصقوه، وأصهاره[٣] كل ذى رحم محرم من

جمع ختن أى اختلاف الشخص / كأزواج البنات والعمات والخالات / أى أهل الرجل

امرأته[٤]، وأختانه زوج[٥] كل ذات رحم محرم منه وأهله[٦]

---

(١) قوله: "باب" إنما أخر هذا الباب عما تقدم؛ لأن هذا الباب فى ذكر أحكام الوصية لقوم مخصوصين، وفيما تقدم ذكر أحكامها على وجه العموم والخصوص يتلو العموم أبدًا. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "جيرانه" أى إذ أوصى لجاره صرف إلى الملاصق لداره، فإنه هو المستعمل عرفًا وشرعًا، وهذا عند أبى حنيفة وزفر، وهو القياس وعندهما إلى من يسكن محلته، ويجتمع معه فى مسجدها؛ لأنه جار شرعًا، قال النبى ﷺ: «لا صلاة لجار المسجد إلا فى المسجد»، رواه الدارقطنى عن جابر وأبى هريرة والحاكم فى "مستدركه"، وسكت عنه، وقال ابن حزم: هو الصحيح عن على، والمعنى: لا صلاة كاملة، وقال أحمد: لا صلاة صحيحة، وفسر الجار بكل من سمع النداء، ثم يدخل فيه الجار الساكن والمالك والذكر والأنثى والمسلم والذمى، ويدخل فيها الأرملة؛ لأن سكناها مضافة إليها، ولا يدخل فيها التى لها زوج؛ لأن سكناها مضافة إلى زوجها، وهى تبع له، فلم تكن جارًا حقيقة. (شرح النقاية)

(٣) قوله "وأصهاره" قال فى البرهان: أوصى لأصهاره، تكون الوصية لكل ذى رحم محرم، وتكون لكل ذى رحم محرم من امرأة أبيه، وامرأة كل ذى رحم محرم؛ لأن الكل أصهاره، وما ذكره المصنف هو تفسير الإمام محمد، قال البدر العينى فى شرحه للهداية: قل الإنزارى: قول محمد بن الحسن حجة فى اللغة، استشهد به أبو عبيدة فى غريب الحديث...اهـ.

وقال فخر الإسلام البزدوى فى "شرح الزيادات": أن الصهر قد يطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره محمد، قال حاتم بن عدى: ولو كنت صهر الابن مروان قربت ركابى إلى المعروف واظعن الرجب ولكننى صهر لآل محمد وخال بنى العباس والخال كالأب، سمى نفسه صهرًا وكان أخًا لامرأة العباس. . . اهـ. (الطحطاوى)

(٤) كآباءها وأعمامها وأخواتها وأخوالها وأخواتها وغيرهم.

(٥) قول: "زوج" لأن الكل يسمى ختنًا، وكذا كل ذى رحم محرم من أزواجهن؛ لأنهم يسمون أختانًا، وقيل: هذا فى عرفهم، وفى عرفنا لا يتناول الأزواج المحارم، ويستوى فيه الحر والعبد. (الزيلعى)

(٦) قوله: "وأهله" عند أبى حنيفة رحمه الله، وعندهما كل من يعوله وينفق عليه غير مماليكه اعتبارًا للعرف، ويؤيده قوله تعالى: ﴿وَأْتُونِى بِأَهْلِكُم أجمَعِينَ﴾ وقوله: ﴿فَنَجّيْنَاهُ وَأَهْلَه

وزوجته، وآله أهل بيته[١] (أى آل الشخص) وجنسه (أى جنس الشخص) أهلُ بيت أبيه[٢] (دون أمه)، وإن أوصى لأقاربه (أى لأقارب زيد مثلا)، أو لذوى قرابته، ولأرحامه، أو لأنسابه فهى[٣] للأقرب

إلا امرأته﴾، فإن المراد من فى عياله.

ولأبى حنيفة أن الاسم حقيقة فى الزوجة، قال الله تعالى: ﴿وَسَارَ بِأَهْلِهِ﴾ ﴿وَقَالَ لأَهْلِهِ امكُثُواْ﴾ وجه الاستشهاد أنه لم ينقل أنه كان مع موسى حينئذٍ أحد من أقرباءه عليه الصلاة والسلام وأقرباءها، فممنوع الجمع فى "فامكثوا" للتعظيم. (شرح النقاية وحاشية الكشف)

(١) قوله: "أهل بيته" فإذا أوصى الرجل لآله وشملت الوصية كل من ينسب إليه من قبل آباءه إلى أقصى أب له فى الإسلام، والأقرب والأبعد والذكر والأنثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء، ولا يدخل فيه أولاد البنات ولا أولاد الأخوات، ولا أحد عن قرابتها سلامة لا ينسبون إلى أبيه، وإنما ينسبون إلى آباءهم؛ لأن النسب يعتبر من الآباء. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أبيه" لأن الأبناء يتجنس بأبيه؛ لأن الجنس النسب، والنسب بالآباء، لا المرأة، بخلاف قرابته فإنه يكون من جانب الأب والأم. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "فهى" إلى قوله فصاعداً، وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله، وقالا: الوصية لكل من ينسب إلى أقصى أب له فى الإسلام، وإن لم يسلم بعد أن أدرك الإسلام، أو أسلم على ما اختلف فيه المشايخ.

وفائدة الخلاف تظهر فى مثل أبى طالب وعلى رضى الله عنه إذا وقعت الوصية لأقرباء أحد من أولاد على، فمن اكتفى بإدراك الإسلام صرف إلى أولاد أبى طالب، ومن شرط إسلامه صرف إلى أولاد على رضى لله عنهم، لا غير، ولا يدخل أولاد عبد المطلب؛ لأنه لم يدرك الإسلام.

لهما أن الاسم يتناول الكل؛ لأن لفظة القريب حقيقة للكل، إذ هى مشتقة من القرابة، فيكون اسمًا لكل من قامت به، فيتناول مواضع الخلاف ضرورة.

ولأبى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الوصية أخت الميراث، وفى الميراث يعتبر الأقرب فالأقرب، فكذا فى أخته؛ لأن الأخت لا تخالف الأخت فى الأحكام، ولا يدخل فيه قرابة الولاد، وعندنا لأنهم لا يضمون أقرباء عادة، ومن سمى والده قريبًا كان منه عقوقًا، إذ القريب فى عرف أهل اللغة من يتقرب إلى غيره بواسطة غيره، وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره، ولهذا عطف القريب على الوالدين فى قوله تعالى: ﴿الوَصِيَّةُ لِلوَالِدَينِ وَالأَقْرَبِيْنَ﴾، والعطف للمغايرة، ولو كانا منهم لما عطفوا عليهما.

ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية، وقيل: ما ذكراه من أنه يصرف إلى أقصى أب له فى الإسلام، كان فى ذلك الزمان حين لم يكن فى أقرباء الإنسان الذين ينسبون إلى أقصى أب له فى الإسلام كثرة، فأما فى زماننا فيفهم كثرة لا يمكن إحصاءهم، يتصرف الوصية إلى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجدة أمه، ولا تصرف أكثر من ذلك.

وإنما تكون للاثنين فصاعداً عنده؛ لأن المذكور فيه بلفظ الجمع، وفى الميراث يراد بالجمع

فـالأقرب من كل ذى رحم محـرم منه، ولا يدخل[١] الوالدان والولد والوارث[٢]، وتكون للاثنين فصاعداً[٣]، فإن[٤] كان له[٥] (أى للعم نصف الموصى) عمّان وخالان فهى[٦] (أى الوصية) لعمـيه، ولو[٧] (أى لعمى ذلك الشخص) عمّ وخالان له النـصف (أى للخالين) ولهـما النصف، (الآخر) ولو[٨] (أى ولو أوصى لولد...إلخ) له عمّ وعـمّـة استـويا، ولولد[٩] فلان

المثنى، فكذا فى الوصية؛ لأنهما أخته. (الزيلعى ملخّصًا)

(١) ويستوى فيه الصغير والكبير والحر والعبد والذكر والأنثى والمسلم والكافر.

(٢) فلو أدت بقوله عليه الصلاة والسلام: «لا وصية لوارث»، بهذا يتجه ما بحثه بعضهم من أن هذا لو أوصى لأقارب نفسه، أما لو أوصى لأقارب غيره، ينبغى أن لا يخرج الوارث. (الكشف)

(٣) نصب على الحال من مقدر تقديره فمضى الحكم حال كونه صاعداً.

(٤) قوله: "فإن" تفصيل لمذهب أبى حنيفة بعد إجماله، حيث أجمل الأقرب؛ لأن ظاهره مساواة الخال، والعم لتساويهما درجة مع أن العم مقدم، فبين أن الأقرب الأقوى مقدم على الأقرب الضعيف. (الكشف وحاشيته)

(٥) أى للشخص الذى أوصى رجل لأقاربه، أو لذوى قرابته، أو لأرحامه، أو لأنسابه. (العينى)

(٦) قوله: "فهى" اعتباراً للأقرب، كأنه أراد الأقوى؛ لأنه عصبة، ومقدم فى النفقة، وإلا فالفريقان سواء فى الدرجة، وقال: بينهم أرباعًا. (الكشف وحاشيته)

(٧) قوله: "ولو" أى لو كان له عم وخالان، فكان للعم نصف ما أوصى به، وللخالين النصف جمع، فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه، وهو الاثنان فى الوصية على ما عرف، فيضم إلى العم الخالان؛ ليصير جمعًا، فيأخذ هو النصف؛ لأنه أقرب يأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه.

بخلاف ما إذا أوصى لذى قرابة حيث يكون جميع الوصية للعم؛ لأنه لفظ مفرد، فيحرز الواحد جميع الوصية، إذ هو الأقرب، ولو كان له عم واحد لا غير، كان له نصف الوصية؛ لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه، ويرد النصف إلى الورثة لعدم من يستحقه؛ لأن اللفظ جمع، وأدناه اثنان فى الوصية، فيكون لكل، ولعدمهما النصف، فلهذا يعطى له، والنصف الآخر يرد إلى الورثة. (الزيلعى)

(٨) قوله: "ولو" أى ولو كان له عم وعمة استويا، وكذا خال وخالة، لاستواء قرابتهما،

أى للوصية للذكر...إلخ — لأن اسم الولد منتظم الكل انتظامًا واحدًا

للذكر والأنثى على السواء، ولورثة[١] فلان للذكر مثل حظّ الأنثيين.

باب[٢] الوصية بالخدمة والسُكنى والثمرة

أى إذا كانت مدة...إلخ

وتصح[٣] الوصية بخدمة عبده وسُكنى داره مدة معلومةً

والخدمة المطلقة تناول الأبد — لأن حق الموصى له فى الثلث لا تزاحمه الورثة فيه

وأبـــدا، فإن خرج العبد من ثلثه سلم إليه ليخدمه وإلا

وعدم إرثهما لعارض شت لا يضعف هذه القرابة كالعم الكافر، فإن قرابته لا تضعف بحرمانه من الإرث. (العينى والكشف وحاشيته)

(٩) قوله: "ولولد" أى لو أوصى لولد فلان، فالوصية بينهم للذكر والأنثى على السواء؛ لأن اسم الولد يشمل الكل، وليس فى اللفظ شيء يقتضى التفضيل، فتكون الوصية بينهم على السواء. (الزيلعى)

(١) قوله: "ولورثة" أى إذا أوصى لورثة فلان، كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين؛ لأنه لما نص على لفظ الورثة، أذن ذلك بأن قصده التفصيل، كما فى الميراث، ولأن التنصيص على المشتق دليل علية مأخذه للحكم، فكانت الوراثة هى العلة.

وظاهره أن قوله: للذكر مثل حظ الأنثيين خاص بالأولاد والإخوة والأخوات، وفى غيرهم تقسم على قدر فروضهم، وهو المذكور فى الأضعاف، والمضاف فى مسائل الأوقاف، والوصية أخت الوقف، ثم الشرط فى صحة الوصية لورثة فلان أو عقبه موت فلان قبل موت الموصى؛ لأن الورثة والعقب إنما يكون بعد الموت. (الكشف)

(٢) قوله: باب" لما فرغ عن بيان أحكام الوصايا التى تتعلق بالأعيان شرع فى بيان أحكام الوصايا التى تتعلق بالمنافع، وهى الأعراض، وأخرها عن الأعيان؛ لأن الأعيان هى الأصل لكون العين قائمة بذاتها دون العرض. (الشلبى)

(٣) قوله: وتصح" لأن المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل وبغير بدل، فكذا بعد الممات لحاجة، كما فى الأعيان، ويكون محبوسًا على ملك الميت فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه، كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف، ويجوز موقتًا ومؤبدًا، كما فى العارية، فإنها تمليك على أصلنا، بخلاف الميراث، فإنه خلافة فيما يتملكه المورث. (الزيلعى)

أى وإن لم يخرج من الثلث — أى بموت الموصى له

خــــــدم[١] الورثةَ يومين والموصى له يوماً، وبموته[٢] يعود إلى

أى ولو أوصى بثمرة

ورثة الموصى، ولو مات فى حياة الموصى بطلت[٣]، وبثمـرة[٤]

---

(١) قوه: "خدم" لأن حقه فى الثلث، وحقهم فى الثلثين، كما فى الوصية بالعين، وإنما تعين التهايؤ فى العبد؛ لأنه لا يمكن القسمة فيه بالأجزاء؛ لأنه لا يتجزى، فيصير إلى المهايأة إيفاءً للحقين، بخلاف الدار، فإن القسمة فيها بالأجزاء ممكنة، وهو أعدل من القسمة التهايؤ لما فيها من التسوية بين المتقاسمين زمانًا وذاتًا، وفى التهايؤ تقديم أحدهما على الآخر زمانًا.

ولو اقتسمو الدار مهابأة جاز؛ لأن الحق لهم، إلا أن الأول أولى لكونه أعدل. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وبموته" أى وبموت الموصى له بعد موت الموصى يعود كل من العبد الموصى بخدمته والدار الموصى بسكناها إلى الورثة؛ لأن الموصى أوجب للموصى له أن يستوفى المنافع على حكم ملكه، فلو انتقل الاستيفاء إلى ورث الموصى له، لاستحق ذلك ابتداء من ذلك الموصى بغير رضاه، وذلك لا يجوز. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "وبطلت" لأنها تمليك الموصى له، ولا يتصور تملك الموصى له وهو ميت. (شرح النقاية)

(٤) قوله: وبثمرة" أى إذا أوصى بثمرة بستانه، ثم مات وفيه ثمرة، كان له هذه الثمرة وحدها، وإن قال: له ثمرة بستانى أبدًا، كان له هذه الثمرة، وثمرة فيما يستقبل ما عاش، وإن أوصى له بغلة بستانه، فله الغلة القائمة، وغلته فيما يستقبل.

فحاصله أنه إذ أوصى بالغلة استحقه دائمًا، وبالثمرة لا يستحق إلا القائم إلا إذا زاد أبدًا، فحينئذٍ يصير كالغلة، فيستحقه دائمًا، وهو المراد بقوله: وإن زاد أبدًا له هذه الثمرة، وما يستقبل كغلة بستانه، أى إذا زاد فى الثمرة لفظة أبدًا، صار كما إذا أوصى بغلة بستانه من غيره زيادة شيء، حتى يستحق الموجودة ما سيوجد فيهما، فيحتاج إلى الفرق بينهما.

والفرق أن الثمرة فى العرف اسم للموجودة، فلا يتناول التى ستوجد؛ لأنها معدومة، إلا بدلالة زائدة، مثل التنصيص على التابيد، والغلة فى العرف ينتظم الموجودة، وما يوجد مرة بعد أخرى، يقال: فلان يأكل من غلة بستانه، وغلة أرضه، والمراد مما وجد ومما يوجد، فإذا أطلقت يتناولهما تناولا غير موقوف على دلالة أخرى.

وإنما قال: فيه ثمرة؛ لأن البستان لو لم يكن كذلك، والمسألة بحالهما تناولت الثمرة ما كان موجودًا، وما يوجد ما عاش الموصى له، كمسألة الغلة، وذلك لأن الثمرة تنتظم الموجود حقيقة، ولا تتناول المعدوم إلا مجازًا، فإذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى، كان لفظ الثمرة مستعملا فى حقيقته، فلا يتناول المجاز، وإن لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز، ولا يجوز الجمع بينهما إلا أنه إذا ذكر لفظ الأبد تناولهما عملا بعموم المجاز، لا جمعًا بين الحقيقة والمجاز. (الزيلعى

حالية — هذا جواب المسألة — ولحدها — جواب المسألة

بستانه فمات، وفيه ثمرة له هذه الثمرة، فإن زاد[١] أبدًا له

أى ثمرة أيضًا فيما يستقبل ما عاش

هذه، وما يستقبل كغلة بستانه وبصوف[٢] غنمه وولدها ولبنها

جواب المسألة — أى عند موت الموصى — أي أو لم يقل

لـه الموجود عند موته، قال: أبدا أو لا.

باب وصية الذمى

بعد ذلك

ذمى جعل داره بِيعةً أو كنيسة فى صحته، فمات فهى

جائز

ميراث[٣]، وإن[٤] أوصى بذاك[٥] لقوم مُسمّين فهو من الثلث،

وشرح النقاية)

(١) أى الموصى فى وصيته بثمر بستانه.

(٢) قوله: "وبصوف" أى إذا أوصى بهذه الأشياء، كان له الموجود عند موته، ولا يستحق ما يستحدث بعد موته، سواء قال: أبدًا أو لم يقل؛ لأنه إيجاب عند الموت، فيعتبر قيام هذه الأشياء يومئذٍ، بخلاف الثمرة والغلة، والفرق أن القياس يأبى تمليك المعدوم إلا أن فى الثمرة أو الغلة المعدومة قد جاء الشرع بورود العقد عليها، كالمعاملة والإجارة، فيقتضى الجواز فى الوصية بالأولى؛ لأن بابها أوسع، أما البلد المعدوم وأختاه فلم يرد الشرع بإيراد العقد عليها، فكذا لا تدخل فى الوصية.

ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة: منها: ما يقع على الموجود، والمعدوم ذكر الأبد أو لم يذكر، كالوصية بالخدمة، والسكنى والغلة والثمرة إذا لم يكن فى البستان شيء من الثمرة عند موته.

ومنها: ما يقع على الموجود دون المعدوم، ذكر الأبد أو لم يذكر، كالوصية باللبن فى الفرع والصوف على الظهر والولد فى البطن، ومنها: ما يقع على المعدوم والموجود إن ذكر الأبد، وإلا فعلى الموجود فقط، كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة. (الزيلعى والكشف)

(٣) قوله: "ميراث" وهذا بالاتفاق، أما عند أبى حنيفة رحمه الله، فلأنه بمنزلة الوقف يورث عنده ولا يلزم، وأما عندهما فلأنه معصية، فلا يصح عندهما، فإن قيل: إن هذا فى حقهم كالمسجد فى حقنا، والمسجد لا يباع ولا يورث، فينبغى أن يكون هذا كذلك، فنقول ليس هو كالمسجد؛ لأنهم يسكنون، ويدفنون فيه موتاهم حتى لو كان المسجد، كذلك يورث قطعًا؛ لأنه حينئذٍ لم يصر محررًا خالصًا لله تعالى. (عز)

(٤) قوله: وإن" أى إذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أو كنيسة لناس معينين، فهو جائز من

أي وإذا أوصى بداره أن تجعل كنيسة في القرى فلو في المصر لم تجز اتفاقًا

وبداره(١) كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربى

لا وارث له هنا فإنها صحيحة

مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمى.

الثلث ؛ لأن الوصية فيها معنى الاستحلاف ، ومعنى التمليك ، فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين . (الزيلعى)

(٥) أى بأن يبتنى داره بيعة ، أو كنيسة لناس معينين .

(١) قوله : "بداره" أى إذ أوصى بداره أن تبنى كنيسة لقوم غير مسمين ، صحت ما تصح وصيه حربى . . . إلخ ، أما الأول ، وهو ما إذا أوصى بأن تبنى داره كنيسة بغير معين ، فهو قول أبى حنيفة رضى الله عنه ، وعندهما الوصية باطلة ؛ لأن هذا معصية حقيقة ، وإن كان فى معتقدهم قربة ، والوصية بالمعصية باطلة ؛ لأن تنفيذها تقرير المعصية .

ولأبى حنيفة رحمه الله أن هذه قربة فى معتقدهم ، ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ، فيجوز بناءً على معتقدهم ، ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة ، وهو معصية فى معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبارًا لاعتقادهم فكذا عكسه .

والحاصل : أن وصايا الذمى ثلاثة أقسام منها ما هو جائز بالاتفاق ، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندنا ، وهم كما إذا أوصى بأن يسرج فى بيت المقدس ، أو بأن تعزى الترك ، وهو من الروم ، سواء كان لقوم معينين ، أو غير معينين ؛ لأنه وصية بما هو قربة ، وفى معتقدهم أيضًا قربة ، ومنها ما هو باطل بالاتفاق ، وهو ما إذا أوصى بما ليس بقربة عندنا ، ولا عندهم ، كما إذا أوصى للمغنيات والنائحات ، أو أوصى بما هو قربة عندنا ، وليس بقربة عندهم ، كما إذا أوصى بالحج ، أو ببناء المساجد للمسلمين ، أو بأن تسرج مساجدهم ؛ لأنهم معصية عندهم ، إلا أن تكون لقوم أعيانهم ، فتصح باعتبار التمليك ، ومنها ما هو مختلف فيه ، وهو ما إذا أوصى بما هو قربة عندهم ، وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين ، فعن أبى حنيفة رحمه الله يجوز ، وعندهما لا يجوز ، وإن كان لقوم معينين يجوز بالإجماع . (الزيلعى بحذف وتصرّف)

باب[1] الوصى

أي جعل وصيًا / أى يعلمه / أى يعلمه / أي لا يصح الرد بغيبته

أوصى إلى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد[2] وإلا لا[3]،

أى بيع الوصي تركة الموصى قبل قبوله الوصية / الموصى ولم يرد فى حياة الموصى إليه

وبيعه[4] تركته كقبوله، وإن[5] مات، فقال: لا أقبل، ثم قبل

---

(١) قوله: "باب" لما فرغ من بيان الموصى له، شرع فى بيان أحكام الوصى إليه، وهو الموصى لما أن أحكام الوصايا تشمله، لكن قدم أحكام الموصى له لكثرتها، وكثرة وقوعها، فكانت الحاجة إلى معرفتها أمس، يقال: أوصى إلى فلان، أى أوصى إليه التصرف فى ماله بعد موته، والاسم من الوصايا -بالكسر والفتح- والمفوض إليه الوصى. . . اهـ.

ولا ينبغى الموصى أن يقبلها؛ لأنها على خطره عن أبى يوسف: الدخول فيها أول مرة غلط، والثانية خيانة، والثالثة سرقة، وعن الحسن: لا يقدر الوصى أن يعدل ولو كان عمر بن الخطاب، وقال أبو مطيع: ما رأيت فى مدة قضائى عشرين سنة يعدل فى مال ابن أخيه. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "يرتد" لأنه ليس للموصى ولاية إلزامه التصرف، ولا غرور فيه؛ لأنه يمكنه أن ينسب غيره. (الكشف)

(٣) قوله: "وإلا لا" أى إن لم يرد عنه بل ردها فى غير وجه لا يرتد؛ لأنه غير الموصى؛ لأنه راح لسبيل معتمدًا عليه، ولو لم يرد حتى مات الموصى، فهو بالخيار، إن شاء قبل، وإن شاء رد؛ لأن الموصى ليس له ولاية الإلزام، فبقى مخيرًا. (الزيلعى والكشف)

(٤) قوله: "وبيعه" الوصى التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصا؛ لأنه دلالة الإلتزام، فصار قبولا، وهو معتبر بعد الموت، وينفذ البيع لصدوره من الوصى، سواء علم بالإيصاء أو لم يعلم، بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا؛ لأن التوكيل إنابة لثبوته فى حال قيام ولاية الموكل، فلا يصح من غير علم، كإثبات الملك بالبيع والشرا، فلا بد من العلم، أما الإيصاء فخلافة؛ لأنه مختص بحال انقطاع ولاية الميت، فلا يتوقف على العلم. (الزيلعى بحذف)

(٥) قوله: "وإن" أى الموصى إليه إن لم يقبل حتى مات الموصى، فقال: لا أقبل، ثم قال: أقبل، فله ذلك إن لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال: لا أقبل؛ لأن مجرد قوله: لا أقبل لا يبطل الإيصاء؛ لأن فيه مضرة بالميت، وضرر الوصى فى الإبقاء مجبور بالثواب، ودفع الضرر الأول هو أعلى أولى؛ لأن القاضى إذا أخرجه عن الوصية يصح ذلك أنه مجتهد فيه، فكان له إخراجه بعد قوله: لا أقبل، كما أن له إخراجه بعد قبوله، ولو قال: أقبل بعد ما أخرجه القاضى، لا يلتفت إليه؛ لأنه قبل بعد ما بطلت الوصية بإخراج القاضى إياه. (الزيلعى بحذف)

قبوله ... أى حين قال: من الوصية ... أى وإذا أوصى إلى...إلخ لغير
صح، إن لم يخرجه قاضٍ مذ قال: لا أقبل، وإلى عبد[١]
وصبى القاضى أى ولو أوصى إلى...إلخ حالية الإيصاء
وكافر، وفاسق بدل بغيرهم، وإلى عبد[٢] وورثته صغار صح،
أى لا يجوز حقيقة لا بمجرد إخباره القاضى
وإلا لا، ومن[٣] عجز عن القيام بها ضم غيره إليه، وبطل[٤]

---

(١) قوله: "وإلى عبد" أى ومن أوصى إلى عبد، أو كافر، أو فاسق بدله القاضى بغيره، فإن هذه الوصية باطلة على ما ذكره عبارة القدورى، أخرجهم القاضى عن الوصية، وهذا يدل على أن الوصية صحيحة؛ لأن الإخراج إنما يكون بعد الدخول. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "وإلى عبد" أى ومن جعل عبده وصيًا صح إن كان ورثته صغارًا كلهم، وهذا عند أبى حنيفة استحسانًا، وقالا: لا يصح، وهو القياس، له أن الرق ينافى الولاية.

ولأبى حنيفة أن لعبده من الشفقة ما لا يكون لغيره، وإن لم يكن كلهم صغارًا، سواء كان كلهم كبارًا أو بعضهم لا يصح الإيصاء؛ لأن للكبير أن يمنعه من أن يمنع نصيبه حتى لأن يبيع نصيبه من العبد، فيعجز عن الوفاء بما التزم من الوصايا، فلا يفيد الإيصاء إليه فائدة. (شرح النقاية)

(٣) قوله: "ومن" أى إذا صار الوصى عاجزًا عن القيام بحقوق الوصاية ضم إليه غيره؛ لأن فى الضم رعاية لحقين، حق الموصى، وحق الورثة؛ لأن تكميل النظر يحصل به؛ لأن النظر يتم بإعانة غيره، ولو شكا الوصى إليه ذلك، فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة؛ لأن الشاكى قد يكون تحقيقًا كاذبًا على نفسه، ولو ظهر للقاضى عجزه أصلا، استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين. (الزيلعى مع زيادة)

(٤) قوله: "وبطل [ولو كان إيصاءه بكل منهما على الانفراد فى الأصح]" وهذا لأن الولاية تثبت بالتفويض، فيراعى وصفه، وهو الاجتماع، إذ هو شرط مفيد، وما رضى الموصى إلا بالمثنى، وليس الواحد كالمثنى، والمراد ببطلان فعل أحدهما بطلان انفراد أحدهما بالتصرفات التى فصلها الشيخ فى التركة.

أما فى غير التجهير وشراء الكفن فلأن فى التأخير فساد الميت، ولهذا يملكه الجيران أيضًا فى الحضر والرفقة فى السفر، وأما حاجة الصغار فلأنه يخاف هلاكهم من الجوع والعرى، وانفراد أحدهما بذلك إحياء للصغار، ولهذا يملكه كل من هو فى يده.

وأما الاتّهاب لهم، فلأن فى التأخير خوف الفوت، وأما رد وديعة عين وقضاء دين فلأنه ليس من باب الولاية، وإنما هو من باب الإعانة، ألا ترى أن صاحب الحق يملكه إذ ظفر به، بخلاف اقتضاء دين الميت؛ لأنه رضى بأمانتهما جميعًا فى القبض، وأما تنفيذ وصية معينة وعتق عبد معين، فلأنه لا يحتاج فيه إلى الرأى، وأما الخصومة فى حقوق الميت؛ لأن الاجتماع فيه متعذر، ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضًا. (عز)

إلا إذا أجاز صاحبه
فعل أحد الوصيّين فى غير التجهيز شراء الكفن وحاجة
أى قبول الهبة لهم
الصغار والاتهاب لهم، وردّ وديعة عين وقضاء دَين،
وتنفيذ وصية معينة، وعتق عبد[1] عين والخصومة فى حقوق
مبتدأ، سواء أوصى إليه فى ماله، أو فى مال موصيه خبر أى قسمة الوصى
الميت، ووصى[2] الوصى، ووصى التركتين، وتصح[3] قسمة

---

(١) ومن أخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجميع الأموال الضائعة.

(٢) قوله: "ووصى" أى إذا مات الوصى وأوصى إلى غيره، فهو وصى فى تركته وتركة الميت الأول، وقال الشافعى رحمه الله تعالى: لا يكون وصيا فى تركة الميت الأول؛ لأن الميت فوض إليه التصرف، ولم يفوض إليه الإيصاء إلى غيره، فلا يملكه.

ولنا أن الوصى يتصرف بولاية متنقلة إليه، فيملك الإيصاء إلى غيره، كالجار فى الإنكاح، فإن الأب ولاية الإنكاح بنفسه، وبإقامة غيره مقام نفسه، ولما انتقلت الولاية للجد، فللجد ولاية الإنكاح بنفسه، وبإقامة غيره مقام نفسه، فكذا الموصى كان له التصرف فى ماله بنفسه وإقامة . . . إلخ، ولما انتقلت الولاية إلى الوصى، كان له التصرف فى ماله. (الكشف وحاشيته)

(٣) قوله: "وتصح" أى قسمة الوصى مع الموصى له عن الورثة جائزة، وعكسه لا يجوز، وهو ما إذا قاسم الوصى الورثة عن الموصى له؛ لأن الوارث خليفة الميت، حتى يرد بالعيب، ويرد عليه ويصير مغروراً بشراء الموروث، والوصى أيضًا خليفة الميت، فيكون خصمًا عن الوارث إذا كان غائبًا، فنفذت قسمته عليه، حتى لو حضر الغائب، وقد هلك ما فى يد الوصى، ليس له أن يشارك الموصى له.

أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه؛ لأنه ملكه بسبب جديد، ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه به، ولا يصير مغروراً بشراء الموصى، فلا يكون خصمًا عنه عند غيبته، حتى لو هلك ما أفرز له عند الوصى، كان له ثلث ما بقى؛ لأن القسمة لم تنفذ عليه، غير أن الوصى لا يضمن؛ لأنه أمين فيه، وله ولاية الحفظ فى التركة، كما إذا هلك بعض التركة قبل القسمة، فيكون له ثلث الباقى؛ لأن الموصى له شريك الوارث، فيتوى ما توى من المال المشترك على الشركة، ويبقى ما بقى على الشركة.

ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الورثة كباراً أو صغاراً؛ لأن له ولاية البيع فى مال الصغار، والقسمة فى معنى البيع، وله ولاية الحفظ فى مال الكبار، فجاز له بيعه للحفظ إلا العقار، فإنه محفوظ بنفسه، فلا يجوز له بيعه، وهذا فى معنى البيع فلا يضمن. (الزيلعى)

أى نائبًا عنهم أى لا يصح، على صيغة المجهول أى حكم المذكور الوصى
عن الورثة مع الموصى له، ولو عكس لا، فلو[١] قاسم
ذلك فى يده داخل ما لا الموصى له
الورثة وأخذ نصيب الموصى له، فضاع رجع
من التركة لو قائمًا فى يد الورثة أى بأن يحج عنه الوصى للحج
بثلث ما بقى، وإن[٢] أوصى الميت بحجة، فقاسم الورثة،
أى ما فى يد الوصى الوصى المال أى عن الميت بأن هلك أو سرق
فهلك ما فى يده، أو دفع إلى من يحج عنه، فضاع فى يده،
من التركة
حجّ عن الميت بثلث ما بقى.

وصحّ قسمة القاضى[٣] وأخذه حظّ الموصى له إن غاب،
أى بغير محضر من الغرماء
وبيع[٤] الوصى عبدًا من التركة بغيبة الغرماء، وضمن[٥]

---

(١) قوله: "فلو" أى لو قاسم الوصى الورثة، فأخذ نصيبه الموصى له، فضاع ذلك فى يده، رجع الموصى له بثلث ما بقى، لما بينا أن الموصى له شريك الورثة، فيرجع الموصى له على ما فى أيدى الورثة إن كان باقيا، فيأخذ ثلثه لعدم صحة القسمة فى حقه، وإن هلك فى أيديهم فله أن يضمنهم قدر ثلث ما قبضوا، وإن شاء ضمن الوصى ذلك القدر؛ لأنه متعد فيه بالدفع إليهم، والورثة بالقبض، فيضمن أيهما شاء. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن" أى إذا أوصى بأن يحج عنه، فقاسم الوصى الورثة، فهلك ما فى يد الوصى، يحج عن الميت بثلث ما بقى، وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه، فضاع ما دفع إليه، يحج عنه بثلث الباقى، وهذا عن أبى حنيفة رحمه الله.

وقال أبو يوسف رحمه الله: إن المفرد مستغرقًا للثلث، بطلت الوصية، ولم يحج عنه، وإن لم يكن مستغرقًا للثلث يحج عنه بما بقى من الثلث إلى تمام ثلث الجميع، وقال محمد رحمه الله: لا يحج عنه بشىء. (الزيلعى)

(٣) حتى لو هلك عند القاضى، أو أمينه، فلا شىء له؛ لأن نصب القاضى للنظر فى حق الموتى والغيّب.

(٤) قوله: "وبيع" أى لو باع الوصى من التركة عبدًا مع غيبة الغرماء جاز؛ لأن الوصى قائم مقام الموصى، ولو تولاه الموصى بنفسه حال حياة، جاز بيعه، وإن كان مريضًا مرض الموت بغير محضر الغرماء، فكذا الوصى؛ لأنه قائم مقام وذلك لأن حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة، والبيع لا يبطل المالية لفواتها إلى خلف، وهو الثمن، بخلاف العبد المأذون له فى التجارة، حيث لا يجوز للمولى بيعه؛ لأن للغرماء حق الاستسعاء، بخلاف ما نحن فيه.

الثمن | الموصي، الجملة نعت لقوله: عبداً | على المساكين.

الوصـــى إن باع عبدا أوصى ببيعه، وتصدق ثمنـــه إن

الظاهر أن المراد بالهلاك ما يعم التصدق | على المساكين

استـحـــق العـبـد بعد هلاك ثمنه عنده، ويرجع[١] فى

أى ويرجع الوصى فى...إلخ | الوصى

تركة الميت، وفى مـــال[٢] الطفل إن باع عبده، واستحق

وهلك الثمن فى يده، وهو على الورثة فى حصته، وصح[٣]

أى قبول الحوالة | أى بيع الوصى

احتياله بماله لو خيرا له، وبيعه[٤] وشراءه بما يتغابن[٥] وبيعه

(المجمع)

(٥) قوله: "وضمن" معناه إذ الموصى يبيع عبده، والتصدق بثمنه على المساكين، فباع الموصى، وقبض الثمن، فضاع الثمن فى يده، وهو المراد بالهالك المذكور فى "المختصر"، ثم استحق العبد بعد ذلك، ضمن الوصى الثمن للمشترى؛ لأنه هو العاقد، فتكون العهدة عليه، وهذه عهدة؛ لأن المشترى منه لم يرض ببدل الثمن إلا ليسلم له المبيع، ولم يسلم، فقد أخذ البائع وهو الوصى المال الغير بغير رضاه، فيجب عليه رده. (الزيلعى)

(١) أى فى جميع تركة؛ لأن عامل له، وعند محمد يرجع فى ثلث التركة.

(٢) قوله: "فى مال" أى إذا باع الوصى مال الصغير، وقبض الثمن، فهلك فى يده، واستحق مال المبيع رجع فى مال الصغير؛ لأنه حائل له، والصبى يرجع على الورثة بحصته، لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه. (الزيلعى بتصرّف)

(٣) قوله: "وصح" أى إذا كان للطفل دين على زيد مثلا، فأحال زيد عمرًوا، فيجوز للوصى أن يقبل الحوالة بمال الطفل لو كان قبول الحوالة خيرًا به، بأن كان المحتال عليه أهلا؛ لأن الولاية نظرية، وإن كان المحيل أهلا لا يجوز؛ لأنه تضييع مال اليتيم بتأخير الأداء، والتأخير إتلاف من وجه. (عز)

(٤) قوله: "وبيعه" أى ولا يبيع وصى مال الصغير من أجنبى إلا يشترى له منه إلا بما يتغابن الناس فى مثله، وهو ما فيه غبن يسير لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾، وأما لو اشترى شيئًا من مال اليتيم لنفسه، أو باع شيئًا من ماله لليتيم جاز عند أبى حنيفة، وفى إحدى الروايتين عن أبى يوسف إذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة، بأن يبيع من الصغير ما يساوى خمسة عشر بعشرة، أو يشترى نفسه من الصغير ما يساوى عشرة بخمسة عشر.

وعلى قول محمد، وهو أظهر الروايتين عن أبى يوسف: لا يجوز على كل حال، وبه قال مالك والشافعى، إذ الواحد لا يتولى طرفى البيع لامتناع كونه مطالبًا ومطالبًا، وهى فى وصى الأب؛ لأن وصى القاضى لا يجوز بيعه لمال الصغير من نفسه بكل حال اتفاقًا، ويجوز للأب بمثل

على الكبير (الغائب) في غير العقار[١]، ولا يتجر[٢] (لأن المفوض إليه الحفظ دون التجارة) في ماله، ووصي الأب أحق بمال الطفل من الجد[٣]، فإن[٤] لم يوصِ الأب، فالجد كالأب.

القيمة.

ولنا أن الأب لكمال ولايته، ووفور شفقته وحاجة الصغير جعل كشخصين، فيتولى الطرفين، وقال المتأخرون: لا يجوز للوصي بيع عقار الصغير إلا أن يكون على الميت دين، أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن، أو يكون للصغير حاجة إلى الثمن، قال الصدر الشهيد: وبه يفتى. (شرح النقاية)

(٥) لأن الغبن اليسير لا يمكن التحرّز عنه وفي اعتباره انسداد ما به.

(١) قوله: "وفي غير العقار" أي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء إلا في العقار؛ لأن الأب يلي ما سوى العقار، ولا يليه، فكذا وصيه؛ لأنه يقوم مقامه، وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضًا، ولا الأب، كما لا يملكه على الكبير الحاضر إلا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانًا فيما يتسارع إليه الفساد؛ لأن حفظ ثمنه أيسر، وهو يملك الحفظ، فكذا وصيه، وأما العقار فمحفوظ بنفسه، فلا حاجة فيه إلى البيع. (الزيلعي)

(٢) قوله: "ولا يتجر" أي الوصي لا يتجر في مال اليتيم، أي لنفسه، أما إذا اتجر للصغير قال قاضي خان: يتجر بمال اليتيم لليتيم، وفي "الدر المختار": ولا يتجر الوصي في ماله، أي اليتيم لنفسه، فإن فعل تصدق بالربح، وجاز لو اتجر من مال اليتيم لليتيم (عز)

(٣) قوله: "من الجد" وقال الشافعي: الجد أحق من وصي الأب، ولنا أن بالوصاية **انتقلت ولاية الأب إليه**، فكانت ولاية قائمة معنى، فيقدم عليه كالأب نفسه، وهذا لأن اختياره **الوصي مع علمه بقيام الجد** يدل على أن تصرفه نظر لبينه من تصرف أبيه. (الكشف)

(٤) قوله: فإن" أي إن لم يوص الأب إلى أحد، فالجار أحق؛ لأنه أشفق من الغير لقيامه مقام الأب في الإرث، حتى يملك الإنكاح دون الوصي، أما وصي الأب فإنه مقدم عليه، كما سبق بينه. (المجمع)

أى فى شهادة الأوصياء

فصل[١] فى الشهادة

شهادتهما

شهد الوصين بأن الميت أوصى إلى زيد معهما لغت[٢] إلا[٣] أن يدعى زيد، أنه وصى معهما، وكذا[٤] الابنان، وكذا[٥] أى الوصيان لو شهدا لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة. أو لكبير[٦] بمال الميت، لا تقبل شهادتهما أيضاً ولو شهد رجلان لرجلين

---

(١) لما لم تكن الشهادة فى الوصية أمرًا مختصًا بالوصية، أخّر ذكرها لعدم عرافتها فيه.

(٢) قوله: "لغت" لأنهما يجران نفعا لأنفسهما بإثبات المعين لهما، فبطلت التهمة، فإذا بطلت ضم القاضى إليهما ثالثًا، لأن فى ضمن شهادتهما إقرارًا منها بأن الموصى ضم إليهما ثالثًا، وإقرارهما حجة عليهما، فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه، فصار فى حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الأوصياء الثلاث، فللقاضى أن يضم ثالثًا، فكذا هنا. (المجمع)

(٣) قوله: "إلا" أى يدعى زيد أنه وصى معهما، فحينئذ تقبل شهادتهما، وهذا استحسان، والقياس أن لا تقبل كالأول، وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصيب الوصى ابتداء فيما إذا مات ولم يترك وصيا، وله ولاية ضم آخر إليهما، فكان هذا مثله فى ضم مدعى الوصاية. (المجمع)

(٤) قوله: "وكذا" أى إذا شهد الابنان أن أباهما أوصى إلى رجل، وهو ينكر لا يتقبل شهادتهما؛ لأنهما يجران نفعًا إلى أنفسهما بنصب حافظ للتركة، فكانا متهمين، فلا تقبل شهادتهما لقول شريح رضى الله عنه لا أقبل شهادة خصم، ولا مريب أى متهم، وإذا ادعى الشهود له الوصاية يقبل استحسانًا على أنه نصب وصى ابتداء على ما ذكرنا فى شهادة الوصيّين بذلك، بخلاف ما إذا شهدا أن أباهما، وكل هذا الرجل بالقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء، ادعى الرجل الوكالة، أو لم يدع؛ لأن القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الحى بطلبهما ذلك، بخلاف الوصية. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وكذا" أى لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال، فشهادتهما باطل، فلأنهما يثبتان ولاية التصرف لأنفسهما فى ذلك المال، فصار متّهمين، أو خصمين. (الزيلعى)

(٦) قوله: "أو لكبير" أى لو شهد الوصيّان لوارث كبير بمال الميت، لا تقبل شهادتهما أيضًا؛ لأنهما يثبتان ولاية الحفظ، وولاية بيع المنقول لأنفسهما عند غيبة الوارث، بخلاف شهادتهما للكبير فى غير التركة لانقطاع ولايتهما عنه؛ لأن الميت أقامهما مقام نفسه فى تركته، لا فى غيرها.

بخلاف ما إذا كان الوارث صغيرًا، أو الموصى ما حيث لا تقبل شهادتهما فى الكل؛ لأن

وهما الشاهدان الأولان / وهما المشهود لهما / درهم

على ميت بدين[١] ألف، وشهد الأخران للأولين بمثله[٢] تقبل[٣]، وإن كانت شهادة كل فريق بوصية[٤] ألف لا[٥].

أي لا تقبل هذه الشهادة

الوصي الأب التصرف في مال الصغير جميعه، فيكونان متّهمين، فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير، وقيد به في الكبير، وهذا عند أبي حنيفة.

وقالا: إذا شهد وارث كبير يجوز في الوجهين، أي فيما تركه الموصي وغيره؛ لأن ولاية التصرف لا تثبت في مال الميت إذا كانت الورثة كباراً، فعريت عن التهمة، بخلاف ما إذا كان صغيراً على ما بينا، والحجة عليهما ما بيناه. (الزيلعي)

(١) يجوز أن يكون ألف مضاف إليه، وأن يكون بدل من دين إذا قرئ منكر، أو على وجه الإضافة، فهي بيانية. (المجمع)

(٢) أي بمثل ما شهد الأولان بألف دين على الميت.

(٣) قوله: "تقبل" خلافًا لأبي يوسف؛ فأنها لا تصح شهادة واحد منهما عنده للتهمة تكون الشهادة من كل منهما مثبتة حق الشركة في ذلك المال الذي أثبتاه على الميت.

ولهما أن الدين يجب في الذمة، وهي قابلة لحقوق شتى، فلا شركة، ولهذا لو تبرع أجنبي بقضاء دين أحدهما لا يشاركه الآخر، وروى الحسن عن الإمام أنهم إذا جاؤوا معا، وشهدوا فالشهادة باطلة، وأما إذا شهد اثنان لاثنين، فقبلت شهادتهما، ثم بعد ذلك ادعى فإن الشاهدان دينًا آخر على الميت، فشهد لهم الغريمان الأولان تقبل، ووجه هذه الرواية أنهما إذا جاؤوا معًا كان شهادة كل فريق معا وصية للفريق الآخر، فتحققت التهمة، بخلاف ما إذا كانت دعوى الفريق الآخر في وقت آخر، فإنه حيث ثبت الحق للفريق الأول بلا تهمة، والثاني لا يزاحمه، فصار كالأول في انتفاء التهمة. (المجمع)

(٤) بأن شهد اثنان أنه أوصى لرجلين بألف وشهد المشهود لهما أن أوصى للشاهدين بألف أيضًا.

(٥) قوله: "لا" لأنها تتعلق بالشركة ابتداء من غير تعلق بالذمة، فثبتت الشركة في التركة ابتداء، بخلاف الدين؛ لأنه يتعلق بالذمة ابتداء، وبالتركة بعد الموت فافترقا. (الكشف)

لما ذكر من غلب وجوده ذكر نادر الوجود

كتاب الخنثى[١]

أى فرج المرأة — أى فهو غلام

هو مَن له ذكر وفرج، فإن بال من الذكر فغلام، وإن بال

أى فهو أنثى

من الفرج فأنثى[٢]، وإن بال منهما فالحكم للأسبق[٣]، وإن

أى فهو الخنثى المشكل لعدم المرجح — أى بكثرة البول من أحدهما

استويا[٤] فمشكل، ولا عبرة بالكثرة[٥]، فإن بلغ وخرجت له

---

(١) قوله: "الخنثى" هو على وزن فعلى -بالضم- من الخنث، وهو اللين والتكسر، ومنه المخنث وتخنث فى كلامه، وسمى خنثى؛ لأنه يتكسر وينقص حاله عن حال الرجل، وجمعه خناثى. (التكملة)

(٢) قوله: "فأنثى" لأن النبى ﷺ سئل عن ذلك كيف يورث، فقال عليه الصلاة والسلام: من حيث يقول، رواه ابن عدى فى "الكامل"، وعن على رضى الله عنه مثله رواه عبد الرزاق فى الفرائض من "مصنفه"، ولأن البول من أى عصو كان دليل على أنه العضو الأصلى، والأخر الغيب، وروى أن قاضيًا من العرب فى الجاهلية رفع إليه هذه الواقعة، فجعل يقول: هو رجل وامرأة، فاستبعد قومه ذلك، فتحير ودخل بيته، فجعل يتقلب على فراشه، ولا يأخذ النوم لتحير وكانت ببنته تغمر رجليه، فسألته عن تفكره فأخبر بذلك، فقالت: دع المحال، وتبع الحكم بالمبال، فيخرج إلى قومه، فحكى لهم ذلك، فاستحذه فعرف بذلك أن هذا الحكم كان فى الجاهلية، فأقره الشرع. (الكشف والزيلعى)

(٣) قوله: "للأسبق" لأنه حين وجد الأول لم يكن له معارض، فأخذ من المبال قبل أن يأخذ الآخر، وذلك الاسم، والثانى يعارضه الأول حين وجده، فيترجح السابق، الظاهر أن العبرة للسبق فى بول يكون بعد الولادة، لا فى كل مرة، فلو بال من أحدهما بعد الولادة أو لا يحكم على حسب ذلك، ثم إن بال مرة ثانية من الآخر أولا لا يحكم على حسبه، وإلا لزم إمكان حكم مضاد للأول فى يوم كم مرات. (الكشف وحاشيته)

(٤) بأن لم يسبق أحدهما الآخر، سواء كان الخروج من أحدهما أكثر من الآخر.

(٥) قوله: "بالكثرة" وقالا: يعتبر لأن كثرة البول من أحدهما علامة قوة ذلك العضو، وكونه أصليا؛ ولأن للأكثر حكم الكل فى أصول الشرع، فيترجح ذلك العضو بكثرة البول منه.

ولأبى حنيفة أن كثرة ما يخرج لا يدل على القوة؛ لأن ذلك قد يكون لاتساع فى أحدهما، وضيق فى آخر، ولو كان الخروج منهما على السواء، فهو مشعل بالاتفاق. (شرح النقاية)

أى فهو رجل لأن هذه من علامات الذكران كثدى النساء
لحية، أو وصل إلى النساء فرجل، وإن ظهر له ثدى أو لبن، أو
من الفرج
حاض، أو حبل، أو أمكن وطءه فامرأة[١]، وإن لم تظهر
أى فهو خنثى مشكل لعدم ما وجب الترجيح
علامة، أو تعارضت[٢]، فمشكل[٣]، فيقف[٤] بين صف الرجال
أى تشترى أى فتشترى من بيت المال
والنساء، وتبتاع[٥] له أمة لتختنه، فإن لم يكن له مال، فمن[٦]
أى للخنثى المشكل
بيت المال، ثم تباع، وله[٧] أقل[٨] النصيبين، فلو مات أبوه،

---

(١) أى فهى امرأة لأن هذه من علامات النساء.

(٢) العلامات مثل ما إذا حاض وخرجت له لحية أو يأتى ويؤتى.

(٣) قوله: "فمشكل" والأصل فى أحكام الخنثى مشكل الأخذ بالأحوط، والأوفق فى أمر الدين، وأن لا يحكم بثبوت الشيء دفع الشك فى ثبوته. (الكشف)

(٤) قوله: "فيقف" لأنه يحتمل أن يكون ذكرًا، ويحتمل أن يكون أنثى، فإن كان ذكرًا تفسد صلاته بالوقوف فى صف النساء تبطل صلاة من يحاذيه إن كان أنثى، فلا يتخلل الرجال ولا النساء، وإن وقف فى وصف النساء، فإن كان بالغًا يعيد صلاته حتمًا، وإن كان مراهقًا يستحب له أن يعيد. (الزيلعى)

(٥) قوله: "وتبتاع" يعنى بماله لأنه يجوز لمملوكه النظر إليه مطلقًا إن كان ذكرًا، وللضرورة إن كان أنثى، ويكره أن يختنه رجل؛ لاحتمال أنه ذكر أو امرأة لاحتمال أنه أنثى، فكان الاحتياط فيما ذكرنا؛ لأنه لا يحرم على تقدير أن يكون ذكرًا، وعلى تقدير أن يكون أنثى؛ لأن نظر الجنس إلى الجنس أخف. (التكملة)

(٦) قوله: "فمن" لأن بيت المال أعد لنوائب المسلمين، فتدخل فى ملكه بقدر الحاجة، وهى حاجة الختان، فإذا أختنه تباع، ويرد ثمنها إلى بيت المال.

ولو زوج امرأة فختنه، ثم طلقها جاز؛ لأنه إن كان ذكرًا صح النكاح، وإن كان أنثى، فنظر الجنس إلى الجنس أخف، ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه أنثى، فلا نكاح بينهما، وتطلق لاحتمال أنه ذكر، فيصح النكاح بينهما، فتحصل الفرقة، ثم تعتدان خلابها احتياطًا.

ويكره ليس الحرير والحلى، وأن يكشف قدام الرجال، أو قدام الرجال، أو قدام النساء، وأن يخلو به غير محرم من رجل وامرأة، وأن يسافر من غير محرم، أو مع امرأة من محارم؛ لاحتمال أنه امرأة، فيكون سفر امرأتين بلا محرم، كل ذلك احتراز عن ارتكاب المحرم. (الزيلعى)

(٧) قوله: "وله" أى لو مات مورثه، كان له الأقل من نصيب الذكر ومن نصيب الأنثى،

أى أبو الخنثى — وهو نصيب البنت؛ لأن الأقل وهو متيقن به فيتحققه

وترك ابنًا له سهمان، وللخنثى سهم[1].

مسائل شتى[2]

مبتدأ أي إشارته — خبر أي كالنطق باللسان

إيماء الأخرس وكتابته كالبيان[3]، بخلاف[4] معتقل[5]

فإنه ينظر نصيبه على أنه ذكر، وعلى أنه أنثى، فيعطى الأقل منهما، وإن كان محرومًا على أحد التقديرين، فلا شيء له.

مثاله: أخوان لأب وأم، أحدهما خنثى مشكل، كان بينهما أثلاثًا، للأخ الثلاثان، وللخنثى الثلث، فيقدر أنثى؛ لأنه أقل، وقدر ذكرًا كان له النصف، ولو تركت امرأة وزوجًا وأمًا وأختًا لأب وأم هى خنثى، كان للزوج النصف، وللأم الثلث، وللخنثى ما بقى، وهو السدس على أنه عصبة؛ لأنه أقل، ولو قدر أنثى كان له النصف، وكانت المسألة تعول إلى ثمانية.

ولو تركت زوجًا وأمًا وأخوين من أم وأخًا لأب وأم هو خنثى، كان للزوج النصف، وللأم السدس، وللأخوين لأم الثلث؛ ولا شيء للخنثى؛ لأنه عصبة، ولم يفضل له شيء، ولو أنثى كان له النصف، وعالت المسألة إلى تسعة، ولو ترك الرجل وله أخ هو خنثى، وعما لأب وأم، أو لأب، كان المال للعم، ويقدر الخنثى أنثى؛ لأن بنت الآخ لا ترث، ولو قدر ذكرًا كان المال له دون العم؛ لأن ابن الأخ مقدم على العم. (الزيلعى)

(٨) أى الأقل من نصيب الذكر ومن نصيب الأنثى.

(١) قوله: "سهم" هذا قول أبى حنيفة، وقالا: للخنثى نصف نصيب الذكر، ونصف نصيب الأنثى، ولو كان نصيب الذكر أقل، فله نصيب الذكر، كأن خلفت وزوجًا وأمًا وخنثى هو أخ لأب وأم. (الكشف)

(٢) جمع شتيت بمعنى متفرقة، وهو من دأب المصنفين لتدارك ما لا يذكر في محله أن يتحقق ذكر فيه.

(٣) قوله: "كالبيان" لأن الكتابة ممن رأى بمنزلة الخطاب ممن دنا، ألا ترى أن النبى ﷺ كما أدى ما وجب عليه تبليغه بالعبارة، أدى أيضًا بالإشارة، كقوله: الشهر هكذا وهكذا، أو أدى بالكتابة، ككتابته لهرقل وغيره.

ثم الكتابة منقسمة إلى ثلاثة أقسام: منها: مستبين مرسوم، وهو أن يكتب من فلان إلى فلان أن الأمر كذا وكذا من به الطلاق والعتاق ونحوهما، فهذا كالنطق، ومنها: مستبين غير مرسوم، كالكتابة على الجدار أو أوراق الأشجار، وعلى الكاغذ، لا على وجه رسم الديار، فهذا ليس له اعتبار إلا بانضمام شيء آخر إليه، كالبينة والإشهاد عليه، والإملاء على الغير، حتى يكتب لديه؛ لأن الكتابة قد تكون للتجربة، وبهذه الأشياء يتبين أنها ليست كذلك.

ومنها: غير مستبين كالكتابة على الهواء والماء، وهو بمنزلة كلام غير مسموع، فلا يثبت به

يتعلق بقوله: كالبيان

اللسان في وصية ونكاح وطلاق وبيع وشراء

أى قود أى لا يكون إيماء الأخرس وكتابته كالبيان فى حد

وقود، لا[١] فى حد.

أى جماعة من الغنم مذبوحة وفيها ميتة

غنم مذبوحة وميتة، فإن كانت المذبوحة أكثر، تحرّى

مبلول

وأكل[٢]، وإلا لا[٣]، لُف ثوبٌ نجسٌ[٤] رطبٌ[٥] فى ثوب طاهر

شىء من الأحكام، ولو انضم إليه نيته، وإنما جعلت الإشارة حجة للأخرس للحاجة فى حق هذه الأحكام؛ لأنها من حقوق العباد، وهى تثبت مع الشبه. (شرح النقاية)

(٤) قوله: "بخلاف" فإن إشارته غير معتبرة، ولا هى كبيان، صورته: أن يعتقل لسان المريض، فقرئ عليه كتاب وصية، وقيل: لا تشهد عليك بما تضمنه هذا الكتاب، فقال برأسه مشيراً إليهم: نعم، لم يعتبر، ولم تصح الشهادة عليه بذلك عندنا، وقال الشافعى: هى كالبيان، لأنها قائمة مقام العبارة، كما فى حق الأخرس، وبه قال الشافعى وأحمد.

ولنا أن الإشارة لاتنبئ عن المراد إلا إذا طالت، وصارت معهودة، كالأخرس للحاجة إلى تصحيح تصرفاته، وهذا ليس كذلك، فلا يجوز، وقدر الامتداد التمرتاشى بالسنة، وروى عن أبى حنيفة أن العقلة إذا دامت إلى وقت الموت، يجعل إقراره بالإشارة، ويجوز الإشهاد عليه، قالوا: وعليه الفتوى. (العينى)

(٥) بضم القاف وهو الرى اعترض له احتباس لا حتى لا يقدر على الكلام والبيان أى كالنطق باللسان.

(١) قوله: "لا" أى لا يجد إلا إذا أقر بما يوجب الحد، ولا قاذفه بطريق الإشارة أو الكتابة، أما إن كان مقذوفًا فلأن الحدود تندرئ بالشبهات، ولعله مصدق لقاذفه، فلا يحد قاذفه للشبهة، ولعدم تيقن علة الحد.

وأما إذا كان قاذفًا فلا يحد لانعدام القذف صريحًا بالزنا، وهو شرط فيه، والفرق بين الحد والقود حيث يثبت القود بالكتابة والإشارة، بخلاف الحد؛ لأن القود حق العبد، وحق العبد لا يختص بلفظ دون لفظ، وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطى، بخلاف الحد، فإنه لا يثبت ببيان فيه شبهة. (شرح النقاية)

(٢) قوله: "أكل" لأن الغلة تنزل منزلة الضرورة فى إفادة الإباحة، ألا ترى أن أسواق المسلمين لا تخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب، ومع ذلك يباح التناول اعتماداً على الظاهر، وهذا لأن القليل منه لا يمكن التحرز عنه، ولا يستطاع الامتناع منه، فسقط اعتباره دفعًا للحرج، كقليل النجاسة فى البدن أو الثوب، بخلاف ما إذا كانت الميتة أكثر، أو استويا؛ لأنه لا ضرورة إليه لقلة، فيمكن الاحتراز. (الزيلعى)

يابس، فظهر رطوبته على ثوب طاهر، لكن لا ينعصر (النجس)[1] لو عصر، لا ينجس (وهو الصحيح)[2].

رأس شاة متلطخ بالدم أحرق (بالنار) وزال عنه الدم، فاتخذ منه مرقة جاز، والحرق كالغسل[3].

سلطان جعل الخراج لرب الأرض جاز، وإن جعل العشر لا[4] (أي لا يجوز بالاتفاق)، ولو[5] دفع (السلطان) الأراضي المملوكة إلى قوم ليعطوا الخراج (بالأجرة من أجرة المستحقة)

(٣) أي وإن لم تكن المذبوحة أكثر، بل كانت الميتة أكثر أو كان نصفين.

(٤) تنجس بماء نجاسة عرضية فخرج ما لو تنجس بعين النجاسة كالبول.

(٥) قوله: "رطب" أي مبلّل بماء ولم يظهر في الثوب الطاهر أثر النجاسة، بخلاف المبلول بنحو البول؛ لأن النداوة حينئذٍ عين النجاسة، وبخلاف ما إذا ظهر في الثوب الطاهر أثر النجاسات من لون، أو طعم، أو ريح، فإنه تنجس، كما حققه شارح "المنية". (الكشف)

(١) هكذا في النسخ الموجودة عندنا وفي جميع الشروع لا يسيل مكان قوله: لا ينعصر.

(٢) قوله: "ينجس" لأنه إذا لم يتقاطر منه بالعصر، لا ينفصل منه شيء، وإنما يبتل ما يجاوره بالنداوة، وبذلك لا ينجس به. (الزيلعي)

(٣) قوله: "كالغسل" لأن النار تأكل ما فيه من النجاسة، حتى لا يبقى فيه شيء أو تحيه، فيصير الدم رماداً، فيظهر بالاستحالة، ولهذا و احترقت العذرة وصارت رماداً طهرت للاستحالة، كالخمر إذا تخللت، وكالخنزير إذا وقع في المملحة، وصار ملحاً، وعلى هذا قالوا: إذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا تنجس الخبز، وكذلك إذا تنجست ممسحة أخباز تطهر بالنار. (الزيلعي)

(٤) قوله: "لا" وهذا عند أبي يوسف رحمه الله، وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله: لا يجوز فيهما لأنهما في الجماعة المسلمين، ولأبي يوسف: أن صاحب الخراج له حق في الخراج، فصح تركه عليه، وهو لأصله من الإمام، والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة، فلا يجوز تركه عليه، وعلى قول أبي يوسف الفتوى. (التكملة)

(٥) قوله: "ولو" معناه أن أصحاب الخراج إذا عجزوا عن زراعة الأرض، وأداء الخراج، دفع الإمام الأراضي إلى غيرهم بالأجرة، أي يؤجر الأراضي للقادرين على الزراعة،

جاز.

يعني لم يعين عن يوم كذا

ولو نوى(١) قضاء رمضان، ولم يعين اليوم صح،

أي ولو نوى عن وصلية المصلي

ولو عن رمضانين، كقضاء الصلاة صح وإن لم ينوِ أول صلاة أو آخر صلاة عليه.

صائم أي لو كان الغير صديقه وإن لم يكن صديقه لا يكفر

ابتلع(٢) بزاق غيره، كفّر لو صديقه، وإلا لا، قتل بعض

ويأخذ الخراج من أجرها، فإن فضل شيء من أجرتها يدفعه إلى أصحابها وهم الملاك؛ لأنه لا وجه إلى إزالة ملكهم بغير رضاهم من غير ضرورة، ولا وجه إلى تعطيل حق المقاتلة، فتعين ما ذكرنا.

فإن لم يجد من سنار حرها باعها الإمام له، ويقدر على الزراعة؛ لأنه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة في الخراج أصلا، ولو باع يفوت حق المالك في العين، والفوات إلى خلف كلا فوات، فيبيع تحقيقًا للنظر من الجانبين، وليس له أن يملكها غيرهم بغير عوض، ثم إذا باعها يأخذ الخراج الماضي من الثمن إن كان عليهم خراج، وردا الفضل إلى أصحابها. (الزيلعي)

(١) قوله: "ولو نوى" معناه لو كان عليه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد، فقضاه ناويًا عنه، ولو لم يعين أنه عن يوم كذا جاز، وكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكثر جاز عن يوم واحد، ولو نوى عن رمضانين أيضًا يجوز، وكذا قضاء الصلاة أيضًا يجوز.

وإن لم يعين الصلاة ويومها، ولم ينو أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه، وهذا قول بعض المشايخ، والأصح أنه يجوز في رمضان واحد، ولا يجوز في رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سنة كذا على ما تبين، وكذا في قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها، بأن يعين ظهر يوم كذا مثلا.

ولو نوى أول ظهر عليه، أو آخر ظهر عليه جاز؛ لأن الصلاة تعينت بتعينه، وكذا الوقت تعين بكونه أولا أو آخرًا، فإن نوى أول صلاة عليه، وصلى فما يليه يصير أولا أيضًا، فيدخل في نيته أول ظهر عليه ثانيًا، وكذا ثالثًا إلى ما لا يتناهى، وكذ الآخر، وهذا مخلص من لم يعرف الأوقات التي فاتته، أو اشتبهت عليه، أو زاد التسهيل على نفسه. (الزيلعي)

(٢) قوله: "ابتلع" أي إذا ابتلع الصائم ريق غيره، فإن كان بزاق صديقه، يجب عليه الكفارة، وإن لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة؛ لأن الريق تعافه النفس، وتستقذره إذا كان من غير صديقه، فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الأنفس، وإن كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد ونحو ذلك مما تشتهيه الأنفس. (ز)

الحاج عذر(١) فى ترك الحج.

يعنى أنت هل صرت زوج لى — المرأة — صرتُ — ما لم يقل: قبول كردم

تو زن من شدى، فقالت: شدم، لم ينعقد(٢) النكاح(٣).

معناه بل جعلت نفسك لى زوجة — المرأة — أى جعلت — الرجل

خويشتن را زن من گردانيدى، فقالت: گردانيدم، وقال:

يعنى قبلت

پذيرفتم، ينعقد(٤).

دختر خويش به پسر من از رانى داشتى، فقال: داشتم، لا ينعقد(٥)، منعها(٦) زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن

من قبل إضافة المصدر إلى فاعله — حالية

---

(١) قوله: "عذر" لأن أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط الأداء على ما بين فى موضعه، ولا يحصل ذلك مع قتل البعض فى طريق الحج، فكان معذورًا فى ترك الحج، فلا يأثم بتركه. (المجمع)

وفيه تفصيل، فطالع البحر والزيلعى إن شئت.

(٢) قوله: "لم ينعقد" لأن قولها: شدم إيجاب، فما لم يوجد القبول لا ينعقد، وقوله ابتداء: تو زن من شدى، وأراد فيه على سبيل الاستفهام والمشاورة. (المجمع)

(٣) معناه بل جعلت بنتك لا ئقة لابنى.

(٤) النكاح بينهما؛ لأن قولها: كردانيدم إيجاب، قوله: پذيرفتم قبول.

(٥) قوله: "لا ينعقد" قال البدر العينى: لا ينعقد النكاح؛ لأنه ليس بمشتمل على الإيجاب والقبول، ولا يلزم من جعل ابنته لائقة لابنه حصول العقد بينهما... اهـ.

ولا يخفى أن هذا يفيد عدم العقد مطلقًا، سواء قال: قبول كردم أولا، فإنه قائل بانتفاء الإيجاب أيضًا، فلو قال: قبول كردم، لا ينعقد النكاح لانتفاء أحد ركنى العقد، وقال فى "المجمع": لا ينعقد ما لم يقل قبول كردم، اهـ، وهو انعقاده بشرط القبول (محمد إعزاز عى غفر له)

(٦) قوله: "منعها [كلام إضافى مبتدأ أى منع المرأة]" أى ولو منعت المرأة زوجها من الدخول عليها، والحال أن الزوج يسكن معها فى بيت المرأة، كانت المرأة ناشزة؛ لأنها حبست نفسها منه بغير حق، فلا تجب النفقة لها ما دامت على منعه، فيتحقق النشوز منها، فصار كحبسها نفسها فى منزل غيرها، هذا إذا منعته ومرادها السكنى فى منزلها.

وإن كان المنع لينقلها إلى منزله، لا تكون ناشزة؛ لأن السكنى واجبة لها عليه، فكان حبسها نفسها منه بحق، فلا تسقط نفقتها؛ لأن التقصير جاء من جهته، فصار كما إذا حبست نفسها

أى مع المرأة يعنى هروب وإعراض عنه، وهو خبر المبتدأ
معها فى بيتها نشوز، ولو سكن فى بيت الغصب، فامتنعت منه لا[١].

أى أم ولدك لأنه لا بد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك
قالت: لا أسكن مع أمتك، وأريد بيتا على حدة، ليس لها
أى أعطنى طلاقًا أى افرضى وقدّرى أن الطارق قد أعطى، أو قد فعل
ذلك، قالت: مرا طلاق ده، فقال: داده گير، أو كرده گير،
أو كرده باد
أو داده باد، او كرده باد، ينوّى[٢]، ولو قال: داده است[٣]، أو
لأنه إخبار عن الوقوع مطلقًا أى حسبى أنه قدأعطى، أو فعل
كرده أست، يقع نوى أو لا، ولو قال: داده انگار، وكرده
هى لى تليق إلى القيامة، أو جميع عمرى
انگار[٤]، لا يقع وإن نوى.

لأنه من الكنايات
وى[٥] مرا نشايد تا قيامت أو همه عمر، لا يقع إلا بالنية،
أى افعلى حيلة النساء بوقوع الطلاق الثلاث
حيلهٔ زنان كن إقرار[٦] بالثلث، حيله[٧] خويش كن لا،

لاستيفاء مهرها، بخلاف ما إذا حبست بسبب دين عليها، أو غصبها غاصب، وذهب بها؛ لأن الفوات ليس من قبله، وبخلاف ما إذا كانت ساكنة مع فى منزله، ولم تمكنه من الوطء؛ لأنه يمكنه الوطء كرهًا غالبًا، فلا يعدّ منعًا. (الزيلعى والمجمع بتصرّف)

(١) أى لاتكون ناشزة لأنها محقة إذا السكنى فيه حرام.

(٢) قوله: "ينوّى" بتشديد الواو، معناه أن الاعتبار للنية وعدمها، فإن نوى بهذه الألفاظ الطلاق، وقع الطلاق، وإن لم ينو لا يقع؛ لأنها من الكنايات عندهم، فلا بد من النية. (العينى)

(٣) قوله: داده است" بالتقاء الساكنين السين والتاء، ولا يتلفظ بالهاء والألف قبل السين، فرسم الهاء لتدل على أن ما قبلها متحرك بالفتحة معناه أعطى وفعل على لفظ الماضى الغائب، وأريد به فى مثل هذا التركيب معنى المتكلم. (الكشف)

(٤) وكان الفارق بينه وبين گيرد باد مجرد عرفه بأن ذنيك الترفيان من الكنايات لا هذا.

(٥) أى ولو قال الزوج وى... إلخ.

(٦) قوله: "إقرار" لأن قصدهم بهذا اللفظ حفظ العدة كما ينبغى، وشغلها بحفظ العدة كما ينبغى إنما يكون بعد الثلاث. (الكشف)

كابين[١] ترا بخشيدم مرا از جنگ باز داران طلّقها سقط المهر، وإلا لا، قال لعبده: يا مالكى، ولأمته: أنا عبدك لا يعتق[٢]. (أى لا يقع العتق فى العبد، ولا فى الأمة)

بر من[٣] (علىّ) سوگند (يمين) است كه اين كار نكنم (هذا الفعل لا أفعل) إقرارٌ باليمين بالله تعالى، وإن[٤] قال: بر من سوگند است بطلاق، لزمه ذلك، فإن قال: قلت ذلك كذبا لا يصدق، ولو[٥] قال: مرا

---

(٧) قوله: "حيله" أى لو قال الزوج لزوجته: حيلهء خويش كن معناه: فافعلى حيلتك، فهذا ليس بإقرار بالثلاث؛ لأن هذا ليس بكناية عن الطلاق عندهم، بخلاف الصورة الأولى. (محمد إعزاز على)

(١) قوله: "كابين" أى لو قالت الزوجة زوجها: كابين. . . إلخ، معناه المهر لك وهبت إياى من نزاعك خلص، فإن طلقها الزوج سقط المهر؛ لأنه فى معنى الخلع على المهر، وإن لم يطلقها لا يسقط؛ لأنه ما أجاب إلى سؤالها. (محمد إعزاز على غفر له)

(٢) قول: "لا يعتق" لأنه ليس بصريح العتق ولا كناية له، فلا يكون فيه شيء مما يقتضى العتق، بخلاف قوله لعبده: يا مولاى؛ لأن حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء وذلك بالعتق فيعتق. (المجمع)

(٣) قوله: "بر من" أى لو قال شخص بر من. . . إلخ، معناه بالعربية: علىّ اليمين أن لا أفعل هذا الفعل، فهذا إقرار باليمين به تعالى؛ لأنه أخبر عن يمينه على ترك هذ الفعل، فيكون إقراراً باليمين، فمتى فعل يحنث فى يمينه، وتلزمه الكفارة، وحملنا على اليمين به تعالى دون غيره حملا على المشرة. (محمد إعزاز على)

(٤) قوله: "وإن" أى وإن قال شخص بر من. . . إلخ، معناه علىّ اليمين بالطلاق، لزمه ذلك، يعنى يكون يميناً بالطلاق، حتى إذا فعله تطلق امرأته، فإن قال: قلت هذا القول كذبا لا يصدق؛ لأنه أخبر عن يمين منعقدة، وقوله بعد ذلك: قلت ذلك كذبا رجوع عنه، فلا يصدق. (العينى بتصرّف)

(٥) قوله: "ولو" أى لو قال: مرا. . . إلخ، معناه أنا وألف بسمين البيت أن لا أفعل هذا الفعل، فهو إقرار باليمين بالطلاق؛ لأن اليمين مبناها على العرف، وفى العرف يكنون بالبيت عن المرأة، يقال: بيتى قالت كذا يعنون به المرأة. (العينى بتصرّف)

سوگند خانه ست كه اين كار نكنم، فهو إقرار باليمن بالطلاق، قال(١) للبائع: بها بازده، فقال البائع: بازبدهم، يكون فسخًا للبيع.

أى إن قال رجل: إن فعلت... إلخ — فعبدى حر مثلا

إن فعلت(٢) كذا ما دمت ببخارا، فخرج منها (الرجل) ورجع وفعل لا يحنث، (لأنه لم يمتنع عما حلف على امتناعه) باع أتانا لا يدخل جحشها (الجحش: الحمار، وجمعه جحاش وجحشان وجَحَشَةٌ) في البيع، والعقار(٣) المتنازع فيه لا يخرج من يد ذى اليد ما لم يبرهن (على وفق دعواه) المدعى عقار(٤) (متنازع فيه) لا فى ولاية القاضى، لا يصح قضاءه فيه، إذا

(١) قوله: "قال" أى قال المشترى للبائع بها... إلخ، معناه ردّ الثمن، فقال البائع: يازدهم، يعنى أردّ يكون فسخا للبيع الذى كان بينهما؛ لأن استرداد الثمن ورده فسخ للعقد. (العينى)

(٢) من ههنا إلى قوله: البيع لم نجد فى نسخة من النسخ الموجودة عندنا، ولا فى شرح من الشروح أو فى نسخة، والمراد ظاهر. (محمد إعزاز على غفر له)

(٣) قوله: والعقار" أى إذا ادعى عقارًا لا يكتفى بذكر المدعى أنه فى يد المدعى عليه، وبتصديق المدعا عليه فى ذلك، بل لا بد من إقامة البينة أنه فى يد المدعى عليه حتى يصح دعواه، أو علم القاضى فى الصحيح أن يد المدعى عليه لا بد منه تصح الدعوى عليه، إذ هو شرط فيها، ويحتمل أن يكون فى يد غيره، فبإقامة البينة تنتفى تهمة المواضعة، فأمكن القضاء عليه بإخراجه من يده لتحقق يده، بخلاف المنقول؛ لأن إليه فيه مشاهدة، فلا يحتاج إلى إثباتها بالبينة. (الزيلعى)

(٤) قوله: عقار" أى ولا يصح قضاء القاضى فى عقار ليس فى ولايته، وقال فى التنوير وشرحه: عقار لا فى ولاية القاضى، يصح قضاءه فيه كمنقول، هو الصحيح، وتقدم فى القضاء أن المصر ليس بشرط فيه، به يفتى، ويكتب بالحكم لقاضى تلك الناحية ليأمره بالتسليم.

وقيل: لا يصح ومشى عليه فى "الكنز" و"الملتقى"... اهـ، وفى الطحطاوى هذا الخلاف مبنى على أنه هل يعتبر المكان أو الأهل، فقيل: يعتبر المكان، وقيل: يعتبر الأهل حتى لا ينفذ قضاءه فى غير ذلك المكان على قول من يعتبر المكان، وينفذ على الأهل.

وإن كان العقار فى غير مكان القضاء على قول من يعتبر الأهل، أى حضور الخصم الأهل عند القاضى، والأهل كما فى الأشباه: هو العاقل المميز ولو صبيًا مأذونًا له فى الخصومة.

قال المصنف: وإنما عدلنا عما اعتمده صاحب "الكنز" لما فى البزازية والخلاصة من أن

قضى القاضى فى حادثة ببينة[١]، ثم قال: رجعت عن قضائى، أو بدا لى (أى ظهر لى فيه) غير ذلك، أو وقعت فى تلبيس الشهود، أو أبطلت (كنقضته، أو فسخته، أو رفعته) حكمى، ونحو ذلك لا يعتبر[٢]، والقضاء ماضٍ (ولو فى مجتهد فيه)[٣] إن كان بعد دعوى صحيحة[٤] وشهادة مستقيمة، خبأ[٥] (فى موضع من البيت) قوما ثم سأل رجلا عن شىء (مثل دين له) فأقر (المسؤول) به وهم (حالية) يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم، جازت شهادتهم (عليه بذلك الإقرار) وإن سمعوا كلامه، ولم يروه

الصحيح أن قضاء القاضى فى المحدود يصح، وإن لم يكن المحدود فى ولاية. (محمد إعزاز على غفر له)

(١) قوله: "ببينة" إنما ذكره لقوله: بعد ووقعت فى تلبيس الشهود، وإلا فلا إقرار كالبينة فيما يظهر. (الطحطاوى)

(٢) قول القاضى فى كل ذلك لتعلق حق الغير به.

(٣) إلا فى ثلاث لو يعلمه أو بخلاف مذهبه أو ظهر خطوه.

(٤) قوله: "صحيحة" الدعوى الصحيحة ما تتعلق بها أحكامها، فلا بد فيها من إحضار الخصم والمطالبة بالجواب والإثبات بالبينة مثلا، والشهادة المستقيمة، أى شهادة العدول إذا استجمعت شرائط الصحة، واحترز بالدعوى الصحيحة عن الفاسدة، وبالشهاد المستقيمة من غيرها، فإنه حينئذٍ يعتبر قوله، ويبطل القضاء.

وصورة الدعوى الفاسدة: أن يدعى محدودًا ولم يبين أنه كرم أو أرض، والشهادة غير المستقيمة أن يشهدوا كذلك، واحترز بقوله: وشهادة مستقيم عما إذا قضى بعلمه فإنه يجوز له الرجوع، كأن يعترف عنه رجل لآخر بحق، ثم غابا ثم جاءه اثنان قد ادعيا عنده بهذه الدعوى، فحكم لأحدهما ظانًا أنه المقر، ثم تبين أنه غيره، فإنه لا ينبغى له أن يمضى حكمه. (الطحطاوى)

(٥) قوله: "خباء" أى إذا أخبأ رجل جماعة فى مكان، ثم سأل رجلا آخر عن شىء مثل دين له عليه، فأقر به المسؤول والجماعة يرونه ويسمعون كلامه، والمقر لا يراهم، جازت شهادتهم عليه بذلك الإقرار؛ لأن الإقرار موجب بنفسه، وقد علموه، وهو الركن فى إطلاق أداء الشهادة، قال الله تعالى: ﴿إلا مَن شَهِدَ بِالْحَقِّ وَهُم يعلَمُونَ﴾ وقال عليه الصلاة والسلام: «إذا علمت مثل الشمس فاشهد وإلا فدع». (الزيلعى)

لا[١] باع عقارا وبعض أقاربه حاضرٌ يعلم البيع، ثم ادعى لا يسمع[٢]، وهبت مهرها لزوجها فماتت، فطالبت ورثتها مهرها منه، وقالوا كانت الهبة في مرض موتها، وقال في الصحة، فالقول[٣] له، أقر بدين، أو غيره، ثم قال: كنت كاذبًا فيما أقررتُ حلف[٤] المقر له ما كان كاذبًا فيما أقر، ولستَ[٥]

(شخص، أو حيوانًا، حالية، أنه ملكه، دعواه، امرأة، وقيل: القول للورثة، وبه جزم في "التنوير"، رجل، به.)

---

(١) قوله: "لا [أي لا تجوز شهادتهم عليه بذلك]" أي لا تجوز شهادتهم؛ لأن النغمة تشبه النغمة، فيحتمل أن يكون المقر غيره، فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال إلا إذا كانوا دخلوا البيت، وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه، ثم جلسوا على الباب، وليس للبيت مسلك غيره، ثم دخل رجل، فسمعوا إقرار الداخل، ولم يروه وقت الإقرار؛ لأن العلم حصل لهم في هذه الصورة، فجاز لهم أن يشهدوا عليه. (الزيلعي)

(٢) قوله: "لا تسمع" بخلاف الأجنبي، ولو جارًا إلا إذا تصرف المشتري فيه زرعًا، وبناء حيث تسقط دعواه على ما عليه الفتوى قطعًا للأطماع الفاسدة، بخلاف ما إذ باع الفضول ملك رجل، والمالك ساكت حيث لا يكون رضى عندنا خلاف لابن أبي ليلى. (المجمع)

(٣) قوله: فالقول له" والقياس أن يكون القول للورثة؛ لأن الهبة حادثة، والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات، ووجه الاستحسان أنهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج؛ لأن الهبة في مرض الموت تفيد الملك، وإن كانت للوارث، ألا ترى أن المريض إذا وهب عبدًا لوارثه، فأعتقه الوارث، أو باعه نفذ تصرفه، ولكن يجب عليه الضمان إن مات المورث في ذلك المرض ردًا لوصيته للوارث بقدر الإمكان، فإذا سقط عنه أمهر بالاتفاق، والوارث يدعي العود عليه، والزوج ينكر، فالقول قول المنكر. (الزيلعي)

(٤) قوله: "حلف" وهذا قول أبي يوسف، وقالا: لا يحلف؛ لأن الإقرار حجة ملزمة شرعًا، فلا يصار إلى اليمين كالبينة، بل أولى؛ لأن احتمال الكذب فيه أبعد لتضرره بذلك، وجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتسبون الصك إذ أرادوا الاستدانة قبل الأخذ، ثم يأخذون المال، فلا يكون الإقرار دليلا.

وكذا لو ادعى وارث المقر يحلف المقر على الصحيح؛ لأن الوارث ادعى الجزء الذي في يد المقر له في اليمين على نفي العلم أننا لا نعلم أنه كاذب، فيحلف، وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس، وكثرة الخداع والخيانات، وهو يتضرر بذلك، والمدعي لا يضره اليمين، وإن كان صادقًا، فيصار إليه. (التكملة)

من الإقرار أى على المقر

بمبطل فيما تدعيه عليه الإقرار[1] ليس[2] بسبب للملك[3].

رجل عن الرد والقبول

قال لآخر: وكّلتك ببيع هذا، فسكت صار[4] وكيلا

أى وكل رجل امرأة الزوج الموكل

وكلها بطلاقها لا يملك[5] عزلها، وكلتك بكذا على أنى متى

أى ثم يقول: عزلتك

عزلتك فأنت وكيلى، يقول[6] فى عزله: عزلتك ثم عزلتك،

---

(٥) هكذا فى بعض النسخ بصيغة الخطاب، فيكون معناه أن يقول القاضى للمقر له: احلف هكذا، وفى العينى والطائى وغيرهما بصيغة المتكلم، فالمعنى أن المقر يحلف هكذا. (عز)

(١) واعلم أن هذه الجملة أخذها لبعض الشرح، ولم يأخذها أكثرهم، ولم نجدها فى النسخ المعتمدة (عز)

(٢) قوله: "ليس" أى ليس مثبتًا للحق للمقر له على المقر؛ لأنه إخبار ومثبت الملك، إنما هو الإنشاء، كبعت واشتريت، ونحوهما، فهو فى محل التعليل للمسألة السابقة. (الكشف)

(٣) فلو أقر بحال، والمقر له يعلم أنه كاذب، لا يحل له أخذه ديانة إلا أن يسلمه بطيب نفس، فيكون تمليكًا مبتدأ. (الطائى)

(٤) قوله: "صار" لأن سكوته وعدم رده من ساعة دليل القبول، ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين، فإنه إذا سكت صحت الهبة، وسقط الدين لما بينا.
وإن قال من ساعة: لا أقبل بطل، وبقى الدين على حالة، وكذا لو قال: جعلت أرضى عليك وقفًا، فسكت صح، ولو قال: لا أقبل بطل، وقال الأنصارى: الوقف لا يبطل بقوله: لا أقبل؛ لأنه وقع لله تعالى، والأشبه أن يكون هذا قول أبى يوسف لما عرف من أصله أنه يصير وقفًا بمجرد قوله: وقفت دارى. (الزيلعى)

(٥) قوله: "لا يملك" لأنه يمين من جهة تمليك من جهتها؛ لأن الوكيل هو الذى يعمل لغيره، وهى عاملة لنفسها لمعنى التمليك اقتصر على المجلس، وكلمة من فى قول الشارح من جهتها بمعنى فى، أى تمليك الزوج تمليك صادر منه بالنسبة إليها؛ لأن التمليك صادر منها. (الكشف)

(٦) قوله: "يقول" لأن الوكالة يجوز تعليقها بالشرط، فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة، فإذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة، وتنجزت المعلقة، فصار وكيلا جديدًا، ثم بالعزل الثانى انعزل عن الوكالة الثانية. (الزيلعى)

ولو قال: كلما عزلتك فأنت وكيلي، يقول(١): رجعت عن الوكالة المعلقة، وعزلتك عن الوكالة المنجزة، قبض بدل الصلح شرط(٢) إن كان دينًا بدين(٣) وإلا لا(٤).

ادعى رجل على صبي دارًا فصالحه أبوه على مال الصبي، فإن كان للمدعي بينة جاز، إن كان بمثل القيمة، أو أكثر مما يتغابن الناس فيه، وإن لم يكن له بينة أو كانت غير عادلة لا(٥)، قال(٦) لا بينة لي فبرهن، أو قال: لا شهادة لي

(١) قوله: "يقول" رجعت؛ لأنه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان، ولو عزله ألف مرة؛ لأن كلمة كلما تقتضي تكرار الأفعال لا إلى نهاية، فلا يفيد العزل إلا بعد الرجوع، حتى لو عزله ثم رجع عن المعلق يحتاج إلى عزل آخر؛ لأنه كما عزله صار وكيلا، فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها؛ لأنه يحتاج إلى عزل آخر بعد الرجوع.

وقيل: يقول في عزله: كلما وكلتك فأنت معزول؛ لأنه كلما صار وكيلا انعزل، فيحصل مقصوده بذلك، والأول أوجه، وهذا لا يفيد في الحقيقة؛ لأنه انعزل كلما توكل لأجل اليمين الثانية بتوكيل أيضًا كلما انعزل لأجل اليمين الأولى، فيبقى دائمًا وكيلا متعيّنًا، فلا ينقطع إلا بالرجوع عن الوكلة المعلقة على ما بين. (الزيلعي)

(٢) قوله: "شرط" لأنه متى وقع الصلح على غير ما يستحق الدائن بعقد المداينة، وهو مال يحمل على المعاوضة، فإذا حمل على المعاوضة صار صرفًا، أو بيعًا، وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الكالئ بالكالئ، وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره. (التكملة)

(٣) بأن دفع على دراهم عن دنانير، أو على شيء آخر في الذمة.

(٤) قوله: وإلا لا" أي وإن لم يكن دين بدين لا يشترط قبضه؛ لأن الصلح إذا وقع على عين متعينة لا يبقى دينًا في الذمة، فجاز الافتراق عنه، وإنما كان مال الربا كما لو وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة، وقد بيناه من قبل. (التكملة)

(٥) قوله: "لا" لأنه متى كان للمدعي بينة، وكان الصلح على مثل القيمة أو أكثر بقدر ما يتغابن فيه الناس، كان للصبي فيه منفعة، وهي سلامة العين له؛ لأنه لو لم يصالح يستحقه

ثم شهد الشاهد البينة في الأول، وشهادة الرجل في الثاني من الإقطاع أي يعطى
فشهد، تقبل للإمام[1] الذى ولاه الخليفة أن يقطع
أي حصة من...إلخ أى بيعة، وهى الشارع الأعظم ذلك بأن أراد يأخذ منه مالا
إنسانا من طريق الجادة إن لم يضر بالمارة، ومن صادره
فلو عين فكره، إلا يأخذ الثمن طوعًا بل طلب منه جملة من المال أى رجل امرأة
السلطان، ولم يعين بيع ماله، فباع ماله صح[2]، خوفها

المدعى بالبينة فيأخذه، فيكون هذا الصلح من الأب بمنزلة الشراء من المدعى، فيقيد بالمثل، وبقدر ما يتغابن فيه عادة؛ لأنه لا يمكن التحرز عنه.

وإن لم يكن للمدعى بينة، أو كانت غير عادل، صار الأب متبرعًا بمال الصبى بالصلح لا مشتريًا له؛ لأنه لم يستحق المدعى شيئًا من ماله لو لا الصلح، فلا منفعة للصبى فى هذا الصلح، بل فيه ضرر، فلا تجوز؛ لأن الولاية نظرية، قال الله تعالى: ﴿وَلا تَقْرَبُوْا مَالَ الْيَتِيْمِ إلا بِالَّتِي هِيَ أحسَنُ﴾.

وإن كان الأب هو المدعى للصغير ولا بينته، لا يجوز كيفما كان؛ لأنه لم يثبت للصبى فيما ادعاه الأب له ملك ولا معنى الملك، وهو التمكن من الأخذ، فكان محصلا له مالا من غير أن يخرج من ملك الصبى شيئًا بمقابلته، فكان نفعًا محضًا، وإن كان له بينة عادلة، لا يجوز إلا بالمثل، وبأقل قدر ما يتغابن فيه؛ لأنه صار من معنى الملك لتمكنه من الأخذ منه بالبينة العادلة، ووصى الأب فى هذا كالأب؛ لأنه قائم مقامه. (الزيلعى)

(٦) قوله: "قال" بمعنى الأول أن يقول المدعى: ليس لى بينة على دعوى هذا الحق، ثم جاء بالبينة تقبل؛ لأن التوفيق بينهما ممكن بأن كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك، أو كان لا يعلمها، ثم علمها، وعن أبى حنيفة رحمه الله أنها لا تقبل؛ لأنه أكذب بينته.

ومعنى الثانى أن يقول الشاهد: لا شهادة لفلان عندى فى حق بعينه، ثم شهد له به تقبل؛ لأنه يقول: نسيت.

وكذا إذا قال المدعى: ليس لى عند فلان شهادة، ثم جاء به، فشهد له تقبل شهادته، روى ذلك عن أبى حنيفة رضى الله عنه؛ لأنه يحتمل أن يكون له شهادة قد نسيها، أو لا يعلمها ثم علمها. (الزيلعى)

(١) قوله: "للإمام" وإنما جاز له لعموم ولاية فى حق الكافة فيما فيه نظر بهم، وكان له ذلك من غير أن يلحق به ضررًا بأحد، ألا ترى أنه إذا رأى أن يدخل بعض الطريق فى المسجد، أو بالعكس، وكان فى ذلك مصلحة للمسمين، كان له أن يفعل ذلك، والإمام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة؛ لأنه نائبه، فيملك ما يملكه. (المجمع مع زيادة)

(٢) قوله: "صح" لأنه لم يكره بالبيع، وإنما باع باختياره غاية الأمر أنه صار محتاجًا إلى بيعه لإبقاء ما طلب منه، وذلك لا يوجب الكره، كالمدين إذا حبس بالدين، فباع ماله ينقضى بثمنه دينه، فإنه يجوز؛ لأنه باعه باختياره، وإنما وقع الكره فى الإيفاء لا فى البيع، وتقدم مثله فى التسعير. (الزيلعى)

الظاهر أن المراد به المبرّح الهبة المكره

بالضرب، حتى وهبت مهرها له[١] لم تصح[٢] إن قدر على

المرأة

الضرب، وإن أكرهها على الخلع، وقع[٣] الطلاق، ولا يسقط

المرأة بمهرها ليأخذ منه عرض دينه مثلا

المال، ولو أحالت إنسانًا على الزوج، ثم وهبت المهر

هبتها

للزوج لا تصح[٤].

رجل نقب في وسط الدار، جمعه بلاليع شد أى الجار

اتخذ بيرًا فى ملكه، أو بالوعة، فنز منها حائط جاره،

تحويل ذلك إلى موضع آخر أفاد أنه يؤمر بالرفق دفعًا للأذى أى من سبب النشر

وطلب تحويله لم يجبر عليه، فإن سقط الحائط منه لم

الحافر قيمة الحائط رجل التى صرفها الزوج على العمارة

يضمن[٥]، عمر دار زوجته بماله بإذنها، فالعمارة لها، والنفقة

---

(١) اعلم أن هذه الكلمة سقط عن أكثر الشراح، وأخذها بعضهم، فعلى تقدير الإثبات المراد بالتخويف تخويف الزوج زوجته، وعلى تقدير السقوط التخويف أعم، سواء كان من الزوج، أو غيره، كما فى "الطائى" و "الطحطاوى"، وعلى الأول شرح البدر العينى. (محمد إعزاز على غفر له)

(٢) قوله: "لم تصح" لأنها مكرهة عليه، إذ الكره على المال يثبت بمثله؛ لأن التراضى شرط فى تمليك الأموال والرضاء ينبغى بمثله؛ فلا يصح. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وقع" وقوع الطلاق راجع إلى ما وقع الإكراه على مال ابتداء بأن وقع الخلع بالإكراه على ألف مثلا، فيقع الطلاق، ولا يجب عليها شيء، وسقوط المال عن الزوج ناظر إلى ما إذا كان الخلع على ما فى ذمة الزوج، أما وقوع الطلاق فلأن طلاق المرأة واقع، وأما عدم السقوط فلاشتراط الرضا فى تمليك الأموال، والرضا ينتفى بمثله. (محمد إعزاز على)

(٤) قوله: "لا تصح" لأنه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن، وإن كان أسوة الغرماء عند موتها، فيرد تصرفها فيها، فصار كما لو باع المرهون أو وهبه. (الزيلعى)

(٥) قوله: "لم يضمن" لأنه تصرف فى خالص حقه؛ ولأن هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان إلا إذا كان متعديًا، كوضع الحجر على الطريق، واتخاذ ذلك فى ملكه ليس بتعدّ، فلا يضمن. (الزيلعى)

أى لو عمرها لنفسه أى فالعمارة للزوج المرأة إذا عمر لها...إلخ

عليها[١]، ولنفسه بلا إذنها فله[٢]، ولها بلا إذنها، فالعمارة

بالبناء، فلا يكون له الرجوع عليها به شخص

لها[٣] وهو متطوع، ولو أخذ غريمه، فنزعه إنسان من يده لم

النازع إذا هرب الغريم أى فى يد رجل

يضمن[٤]، فى يده مال إنسان، فقال له سلطان: ادفع إلىّ هذا

أى وإن لم تدفعه إلىّ المال إلى السلطان الدافع

المال، وإلا أقطع يدك، أو أضربك خمسين، فدفع لم يضمن.

رجل بكسر الميم: وهو ما يحصد به الزرع

وضع مِنجلا فى الصحراء ليصيد به حمار وحش،

أو من ساعته

وسمّى عليه، فجاء فى اليوم الثانى، ووجد الحمار مجروحًا

ميتًا، لم يؤكل[٥].

---

(١) قوله: "عليها" لأن الملك لها، وقد صح أمرها بذلك، فينتقل الفعل إليها، فتكون كأنها هى التى عمرته، فيبقى على ملكها، وهو غير متطوع فى الإنفاق، فيرجع عليها لصحة أمرها، فصار كالمأمور بقضاء الدين. (الزيلعى)

(٢) قوله: "فله" أى إذا عمر لنفسه من غير إذن المرأة، كانت العمارة له؛ لأن الآلة التى بنى بها ملكه، فلا يخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه، فيبقى على ملكه، ويكون غاصبًا للعرصة، وشاغلا ملك غيره بملكه، فيؤمر بالتفريغ إن طلبت زوجته ذلك. (التكملة)

(٣) قوله: "فالعمارة لها" أى إذا عمرها بغير إذنها كان البناء لها، وهو متطوع فى البناء، فلا يكون له الرجوع عليها؛ لأنه لا ولاية له فى إيجاب ذلك عليها، وقد ملكته هى برضاه، فكان متبرّعًا. (الزيلعى)

(٤) قوله: لم يضمن" لأن النزع تسبيب، وقد دخل بينه وبين ضياع حقه فعل فاعل مختار، فلا يضاف إليه التلف، كما إذا حل قيد العبد، فأبق، أو كدلالة السارق على مال غيره، فإن الدالّ لا يجب عليه الضمان؛ لأن التلف حصل بفعل السرقة لا بدلالة، كمن أمسك هاربًا من عدو حتى قتله العدو، فإن الممسك لا يجب عليه الضمان، فكذا هذا. (المجمع)

(٥) قوله: "لم يؤكل" لأن الشرط أن يذبحه إنسان أو يجرحه، وبدون ذلك لا يحل، وهو كالنطيحة والمتردية المذكورة فى الآية، وتقييده باليوم الثانى وقع اتفاقًا حتى لو وجده ميتًا من ساعة لا يحل لعدم الشرط. (الزيلعى)

تحريمًا، وقيل: تنزيهًا، والأول أوجه — ذكر الشاة اتفاقي

كــــره[١] من الشـــــاة الحـيـاء[٢] والخصية والـغدة[٣] والمثانة[٤] والمرارة[٥] والدم المفسوح والذكر ونخاع[٦] الصلب.

أي يجوز للقاضي بشروط تقدمت في القضاء

للقاضي[٧] أن يقرض مال الغـائب والطفل واللُّقطة، صبي حشفـته ظاهرة، بحيث لو رأى إنسان ظنّه مـختونًا، ولا يُقطع

---

(١) قوله: "كره" عن مجاهد كره رسول الله ﷺ من الشاة الذكر والأنثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم وحرمة الدم ثابتة بالمفسر من الكتاب: ﴿أو دَمًا مَسْفُوحًا﴾، وانعقد الإجماع على حرمته، فلعله عده في سلك المكروهات اتباعًا للفظ الحديث، وأما ما في لفظ الحديث فلأن عدم إطلاق المكروه على الحرام القطعي اصطلاح جديد بدليل إطلاق الكراهة على الكفر في الآية: ﴿وَكَرَّهَ إِلَيكُمُ الكُفرَ وَالفُسُوقَ وَالعِصْيَانَ﴾، ويحتمل أيضًا ورود الحديث مقدم على تحريم الدم. (الكشف وحاشيته)

(٢) قوله: "الحياء" قال البدر العيني: الحياء مقصورًا وهو الفرج، وفي "الصحاح": الحياء ممدود الاستحياء والحياء أيضًا رحم الناقة، والجمع أحيية.

وفي القاموس: الحياء بالمد الفرج من ذوات الخف والظلف والسباع، وقد يقصر جمعه أحياء وأحيية، وفي المنتهى: الحياء بالمد توبه وشرم وفرج شتر ماده ورحم وفرج گوسپند ماده، وقد يقصر وظاهره أن استعماله ممدودًا أكثر منه مقصورًا. (عز)

(٣) كل عقدة في الجسد أطاف بها شحم وكل قطعة بين الصلب، و لا تكون في البطن.

(٤) بالفتح مستقر البول وموضعه من الإنسان والحيوان وموضع الولد، جمعه مثانات.

(٥) بالفتح هنة شبه كيس لازقة بالكبد لهافحه إلى الكبد، ومجرى فيه يتصل بنفس المكبد، فتكون فيها مادة صفراء تعرف بالمرة، جمعه مرارات ومرائر. (أقرب الموارد)

(٦) مثلثة، عرق أبيض في داخل العنق ينقاد في قفار الصلب حتى يبلغ عجب الذنب، وهو يسقي العظام جمعه نخع. (أقرب الموارد ومحمد إعزاز علي غفر له)

(٧) قوله: "للقاضي" لأنه قادر على الاستخلاص، فلا يفوت الحفظ به، بخلاف الأب والوصي والملتقط؛ لأنهم عاجزون عن استخلاص ذلك، فيكون تضييعًا، إلا أن الملتقط إذا أنشد اللقطة، ومضى مدة النشدات ينبغي أن يجوز له الإقراض من فقير؛ لأنه لو تصدق به عليه في هذه الحالة جاز، فالقرض أولى. (الزيلعي)

جلد ذكره إلا بتشديد ترك[١] (القطع) كشيخ أسلم (أي لما يترك شيخ...إلخ)، وقال أهل البصيرة (أي أهل الخبرة والنظرة): لا يطيق الختان، ووقته[٢] سبع سنين.

والمسابقة بالفرس والإبل والأرجل والرمي جائزة[٣]، وحرم[٤] شرط الجُعل من الجانبين[٥]، لا من أحد الجانبين[٦]، ولا

---

(١) قوله: "ترك" لأن قطع جلده لتنكشف الحشفة، فإن كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة إلى القطع، وإن كان يوارى الحشفة يقطع الفضل، ولو ختن، ولم تقطع الجلدة كلها ينظر إن قطع أكثر من النصف يكون ختانًا؛ لأن للأكثر حكم الكل، وإن قطع النصف فما دونه لا يعتد به لعدم الختان حقيقةً وحكمًا.

والأصل أن الختان سنة كما جاء في الخبر، وهو من شعائر الإسلام، وخصائصه حتى لو اجتمع أهل بلد على تركه يحاربهم الإمام، فلا يترك إلا للضرورة، وعذر الشيخ الذي لا يطيق ذلك ظاهر فيترك. (التكملة)

(٢) قوله: "ووقته" وقال أبو حنيفة رحمه الله: لا علم لي بوقته، ولم يرد عن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله فيه شيء، وإنما المشايخ اختلفوا، فقيل: سبع سنين، وقيل: لا يختتن قبل البلوغ، وقيل: أقصاه اثنا عشر، وقيل: تسع، وقيل: عشر، وقال: إن كان قويًا يطيق ألم الختان ختن وإلا لا، وهو الأشبه بالفقه. (الكشف)

(٣) قوله: "جائزة" لقوله ﷺ: «لا سبق إلا في خف أو فعل أو حافر»، وأذن رسول الله ﷺ لسلمة بن الأكوع أن يسابق رجلا كان لا يسابق أبدًا، فسبقه لسلمة بن الأكوع، وقال الزهري: كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله ﷺ بالخيل والركاب والأرجل، ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة خيلهم وأنفسهم، والتعلم للكر والفر مباح. (التكملة)

(٤) قوله: "حرم" لما روى ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي ﷺ سبق بالخيل وراهن، فإذا شرط الجعل من الجانبين، فهو قمار، فلا يجوز، ولا كذلك إذا شرط من جانب واحد؛ لأن النقصان والزيادة لا يمكن فيهما، وإنما في أحدهما يمكن الزيادة وفي الآخر النقصان فقط، فلا يكون مقامرة؛ لأن المقامر مفاعلة منه، فتقتضي أن تكون من الجانبين، وإذا لم يكن في معناه جاز استحسانًا، لما روينا.

والقياس أن لا يجوز؛ لما فيه من تعليق التمليك على الخطر، ولهذ لا يجوز فيما عدا الأربعة المذكورة في الكتاب، كالبغل وإن كان الجعل مشروطًا من أحد الجانبين، وفي الحديث إشارة إليه؛ لأنه خصص هؤلاء به، ولو قال واحد من الناس جماعة من الفرسان أو للاثنين فمن سبق فله كذا من مال نفسه، أو قال للرباع: من أصاب التنفيل، فإن كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه

أى الإهداء
يصلى على غير الأنبياء والملائكة إلا بطريق(١) التبع، والإعطاء
أول يوم من الخريف. أى الهدايا باسم هذين اليوم حرام، بل كفر
باسم النيروز والمهرجان لا يجوز(٢)، ولا بأس بلبس
من الكرباس دون الحرير — سواء كان جبّة أو عمامة
القلانس(٣) وندب لبس السواد، وإرسال ذنب العمامة بين
أى ويجوز للشاب...إلخ — لأنه أفضل
كتفيه(٤) إلى وسط الظهر، وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ

يجوز، فما ظنك فى خالص ماله. (الزيلعى بحذف وتصرّف)

(٥) بأن يقول: إن سبق فرسك فلك علىّ كذا، وإن سبق فرسى فلى عليك كذا.

(٦) بأن يقول: إن سبقتنى فلك علىّ كذا، وإن سبقتك فلا شىء لى عليك.

(١) قوله: "بطريق التبع" كما يقال: اللهم صل على محمد وآله وصحبه وسلم، ونحو ذلك، وذلك لأن فى الصلاة من التعظيم ما ليس فى غيرها من الدعوات، وهى لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى، ولا يليق ذلك لمن يتصور منه الخطايا والذنوب، وإنما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز، ويستحب الترضى للصحابة والترحم للتابعين، ومن بعدهم من العلماء والعباد وسائر الأخيار، وكذا يجوز الترحم على الصحابة والترضى التابعين، ومن بعدهم من العلماء والعباد. (المجمع)

(٢) قوله: "لا يجوز" قال أبو حفص الكبير رحمه الله: لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة، ثم جاء يوم النيروز، وأهدى لبعض المشركين بيضته، يريد به تعظيم ذلك اليوم، فقد كفر، وحبط عمله.

وقال صاحب "الجامع الصغير": إذا أهدى يوم النيروز إلى مسلم آخر، ولم يرد به التعظيم لذلك اليوم، ولكن على ما اعتاده بعض الناس لا يكفر، ولكن ينبغى له أن لا يفعل ذلك فى ذلك اليوم بل، ويفعله قبله أو بعده كى لا يكون تشبيهًا بأولئك القوم، وقد قال رسول الله ﷺ: «من تشبّه بقوم فهو منهم».

وقال فى "الجامع الأصغر": رجل اشترى يوم النيروز شيئًا لم يكن يشتريه قبل ذلك، إن أراد به تعظيم ذلك اليوم، كما يعظمه المشركون كفر، وإن أراد الأكل والشرب والتنعم لا يكفر. (الزيلعى)

(٣) لما روى أنه عليه السلام كان له قلانس يلبسها، وقد صح ذلك.

(٤) لأنه عليه السلام كان يفعل ذلك، وقيل قدر شبهه، وقيل: إلى موضع الجلوس.

ولو شبًا أى ينبغى لحافظ

الجاهل، ولحافظ القرآن أن يختم[1] فى أربعين يومًا.

---

(١) ليتدبّر معاينه، ويعتبر به؛ لأنهما المقصودان من تلاوة.

كتاب[1] الفرائض

بغير تبذير ولا تقتير
يُبدأ[2] من تركة الميت بتجهيزه، ثم دينه[3]، ثم وصيته[4]،

(١) قوله: "كتاب" مناسبة لما تقدم أن الوصية تكون غالبًا فى مرض الموت، فيعقبها الموت، فتقسم الفرائض، ووجه التأخير ظاهر منه، وذلك لأنها متعلقة بالموت، وهو متأخر عن الحياة.

والفرائض جمع فريضة، ما يفرض على المكلف، وقد يسمى بها كل مقدر، قال الأزهرى: إذ أدخل فى الفريضة الهاء جعلت اسمًا لا معنى أى وصفًا . . . اهـ. (الطحطاوى)

(٢) قوله: "يبدأ" اعلم أولا أن التركة فى اللغة بمعنى المتروك كالطلبة بمعنى المطلوب، وفى الاصطلاح: هو ما تركه الميت من الأموال صافيًا عن تعلق حق الغير بعين من الأموال، فما تركه من أهله وعياله لا يسمى تركة.

وثانيًا أن الحقوق فى الفرائض على نوعين: أحدهما: ما يقدم على تجهيز الميت وتكفينه، وهى ما تعلق حق الغير بعينها، وهذا ظاهر مما قلناه، فإن تلك الحقوق المذكورة بعد كالرهن والعبد الجانى والمأذون المديون، إنما تعلقت بالمال قبل الموت، وهو إنما يصير تركة بعد الموت، وإنما قدمت هذه الحقوق على التكفين لتعلقها بالمال قبل صيرورته تركة مثاله المرهون، كما إذا رهن شخص شيئًا ثم مات، وذلك الشىء عند المرتهن، ولم يترك الراهن غيره، فإن دين المرتهن مقدم على التجهيز، فإن فضل بعده شىء، صرف إليه.

وثانيهما: ما يقدم عليه التجهيز وهو ما بينه الشيخ، وهذا إذا أخذت الحقوق مطلقة، وإلا فالحقوق المذكورة أولا خارقة عن حد التركة، أما تقديم التجهيز فلأن الإنسان محترم حيًا، وفى الأثر لعظام الميت من الحرمة أو بالعظام الحى، وقد كان ما به قوام حياته من النفقة والكسوة والسكنى، فكذا لا يكشف عورته بعد موته.

وأما الدين فلقوله تعالى: ﴿مِن بَعدِ وَصِيَّةٍ يُوصِى بِهَا أَوْ دَيْنٍ﴾ والتقديم ذكرًا لا يدل على التقديم فعلا، قال على رضى الله عنه إنكم تقرأون الوصية مقدمة على الدين، وقد شهدت النبى ﷺ قدم الدين على الوصية، وأيضًا الدين واجب والوصية تبرع، والواجب أولى بالبداءة به، وأما الوصية فما تلونا. (عز)

(٣) بالجر أى يبدأ بوفاء دينه، المراد به دين له مطالب من جهة العباد، لا دين الزكاة والكفارات ونحوها.

(٤) بالجر أيضًا أى ثم يبدأ بوصيته، أى بتنفيذها من ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين.

الباقي — أي الورثة ثلاثة أصناف — تفسير لذي فرض

ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض، أي ذو سهم مقدر[١]،

بيان للفروض المقدرة — أب الأب عند عدم الأب بالإجماع

فللأب[٢] السدس مع الولد أو ولد الابن، والجد[٣] كالأب إن

وهذا هو الجد الصحيح — إلى الميت — وإلا فهو جد فاسد

لم يتخلل في نسبته أم إلا في ردها[٤] إلى ثلث ما بقي،

كالأب لأنه قائم مقامه الجد

وحجب أم الأب، فيحجب الإخوة، وللأم الثلث[٥]، ومع

في التكملة هنا الواو العلقة

الولد أو ولد الابن وإن سفل[٦]، والاثنين من الإخوة والأخوات

---

(١) أي في صاحب سهم قدّر في الكتاب أو السنة.

(٢) قوله: "فللأب" لقوله تعالى: ﴿وَلِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِّنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ جعل السدس مع ولد الابن ولد شرعًا بالإجماع، وجميع أحوال الأب في الفرائض ثلاث: أحدها: الفرض المطلق، وهو السدس، وذلك مع الابن أو ابن الابن وإن سفل لما تلونا.
والحالة الثانية: الفرض والتعصيب، وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض لما تلونا، والتعصيب لقوله عليه الصلاة والسلام: «ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلا ولى عصبة ذكر».
والحالة الثالثة: التعصيب المطلق، وذلك إذا لم يكن لميت ولد ولا ولد ابن؛ لقوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُن لَّهُ وَلَدٌ﴾ الآية، فذكر فرض الأم، وجعل الباقي دليل على أنه عصبة. (الزيلعي ملخّصًا)

(٣) قوله: "والجد" أي الجد كالأب إن لم يدخل في نسبته إلى الميت أنثى، وهو الجد الصحيح إلا في مسألتين، أحدهما في رد أم الميت من ثلث الجميع إلى ثلث ما يبقى في زوج وأبوين، أو زوجته وأبوين، فإن الأب يرد إليه لا الجد، وفي حجب أم الأب، فإن الأب يحجبها دون الجد، وإن تخلل في نسبته إلى الميت أم كان فاسدا، فلا يرث إلا على أنه من ذوي الأرحام؛ لأن تخلل الأم في النسبة يقطع النسب، إذ النسب إلى الآباء؛ لأن النسب للتعريف والشهرة، وذلك يكون بالمشهور، وهو الذكور دون الإناث. (الزيلعي)

(٤) أي في رد أم الميت من ثلث الجميع، أي في المسألتين، أشار إلى الأولى بقوله ردها... إلخ، وإلى الثاني بقوله وحجب أم الأب.

(٥) قوله: "الثلث" وذلك عند عدم الولد وولد الابن مما تلونا، وعند عدم الاثنين من الإخوة والأخوات على ما نبين. (الزيلعي)

(٦) لم يأخذ هذه الجملة الطائي والعيني وصاحب "التكملة، لكن في "الطائي" من الشارح.

أى وللأم معهم إلخ

لا أولادهم السدس[١]، ومع الأب وأحد الزوجين ثلث الباقى[٢] بعد فرض أحدهما، وللجدات[٣] وإن كثرن السدس إن لم

(١) قوله: "السدس" يعنى مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث، وإنما ترك السدس لما تلونا. (التكملة)

(٢) قوله: "ثلث الباقى" فيكون لها السدس مع الزوج والأب والربع مع الزوجة وللأب؛ لأنه هو ثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين، فصار للأم ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وللجدات [لأب كنّ أو لأم فيشتركن فيه، إذا كن صحيحات متحاذيات فى الدرجات]" والكلام فى الجدات فى مواضع فى ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن، وفى قدر ميراثهن، وفيما يسقطن به، فالأول كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولأبيه وأمه كذلك، وهكذا لكل واحد من الأصول إلى أن ينتهى إلى آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام، فالصحيحة منهن من لا يتخلل فى نسبتها إلى الميت ذكر بين أنثيين، والفاسدة من يتخلل فى نسبتها، إذ كل أب يدلى إلى الميت بأنثى جد فاسد، فمن يدلى به يكون فاسدا ذكرًا كان أو أنثى.

وإذا أرادت نزيل عدد من الجدات والوارثات المتحاذيات فاذكر أولا لفظة أم أم بمقدار الذى تريده، ثم تقول ثانيًا: أم أم، وتجعل مكان الأم الأخيرة أبا، ثم فى كل مرة تبدل مكان الأم أبا على الولاء إلى أن تبقى لفظة أم مرة، مثاله: إذا سئلت عن أربع جدات وارثات متحاذيات، فقل: أم أم أم أم بقدر عددهن لإثبات الدرجة التى يتصور أن يجتمعن فيها إلا إذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات، فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن إلا فى الدرجة الرابعة، فتقول: أم أم أم أم أربع مرات، فهذه واحدة منهن، وهى من جهة الأم، ولا يتصور من جهتها أكثر من واحدة، ثم تأتى بواحدة أخرى من جهة الأب فى درجتها، نقول: أم أم أم الأب، ثم تأتى بأخرى من جهة الجد، فتقول: أم أم أبى الأب، ثم بأخرى من جهة جد الأب، فتقول: أم أبى أبى الأب.

ولا يتصور أن يجتمع الوارثات فى هذه الدرجة أكثر من ذلك؛ لأن كل جد صحيح أمه وارثة، وكذا أم أمه وإن علت، ولا يتصور أن تكون جدة وارثة من كل أب إلا واحدة، فتحتاج أن تأتى من الآباء قدرهن عددا إلا واحدة وهى التى من جهة الأم فإنها لا تدلى بذكر، والثانية تدلى بالأب، فلهذا حذفت فى النسبة الثانية أم واحدة، وأبدلت مكانها أبا، والثالثة تدلى بالجد، فلهذا أسقطت أمّين، وأبدلت مكانهما أبوين، والرابعة تدلى بجد الأب، فلهذا أسقطت ثلاث أمهات، وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء، فهذا طريقه فى أكثر منهن إلى ما لا يتناهى، هذا لمعرفة الصحيحات فى هذه الدرجة.

وإذا أرادت أن تعرف ما بإزاء الصحيحات من الفاسدات، فخذ عدد الصحيحات واجعله بيمينك، واطرح منه اثنين، واجعلهما بيسارك، ثم ضعف ما فى يسارك بعد ما بقى فى يمينك، فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات، فالباقيات هى الفاسدات جميعًا، فإذا أسقطت منه عدد

تقدّم تعريفه في الجد

يتخلل جد فاسد في نسبتها إلى الميت، وذات جهتين كذات جهة، والبُعدى[1] تحجب بالقربى والكل[2] بالأم، وللزوج[3] النصف ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الربع، وللزوجة[4] الربع، ومع الولد أو ولد الابن وإن سفل الثمن، وللبنت النصف[5] وللأكثر[6] الثلثان وعصّبها[7] الابن، وله مثل

وصلية

الصحيحات، فالباقيات هي الفاسدات.

مثاله إذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بإزاءهن من الفاسدات فخذ أربعة بيمينك، واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك، فإذا ضعفت هذا المطروح بعدد ما بقي في يمين؛ صار ثمانية، وهو عدد مبلغ الجدات أجمع في هذا الدرجة، فإذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقيت أربع، وهن الفاسدات وميراثهن السدس، وإن كثرت يشتركن فيه؛ لما روى عبادة بين الصامت أن رسول الله ﷺ قضى بين الجدتين إذا اجتمعتا بالسدس بالسوية، وأبوبكر صديق رضى الله عنه شرك بين الجدتين في السدس، وسيذكر ما يسقطن به. (الزيلعي بحذف)

(١) أي وتسقط الجدة البعدى من أي جهة كانت وارثه كانت القربى أو محجوبة.

(٢) أي ويحجب الكل، أي كل الجدات بالأم لما كانت وارثة، وعليه الإجماع. (العيني)

(٣) أي زوج الميت لا يخلو إما أن يكون معه ولد الميت، أو ولد الابن وإن سفل، أو لم يكن، فعلى الأول للزوج الربع، وعلى الثاني النصف (عز)

(٤) أي كذا الزوجة لا تخلو من الحالتين المذكورتين، فلها على تقدير أن يكون معها ولد الميت، أو ولد ابنه وإن سفل الثمن، وعلى تقدير إن لم يكن. (عز)

(٥) كل ذلك للتلاوة وولد الابن بالإجماع؛ لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ كَانَتْ وَاحِدَةً فَلَهَا النِّصْفُ﴾.

(٦) وإن كانت اثنتين وعليه عامة الصحابة رضى الله عنهم.

(٧) قوله: "عصبها" معناه إذا اختلط البنون والبنات، عصّب البنات، فيكون للابن مثل حظهما، فصار للبنت ثلاثة أحوال النصف للواحدة، والثلثان لاثنين فصاعداً، والتعصيب عند الاختلاط بالذكور. (التكملة)

حظهما[1] وولد الابن كولده[2] عند عدمه، ويحجب بالابن ومع[3] البنت لأقرب الذكور الباقى، وللإناث[4] السدس تكملة للثلثين وحجبن[5] ببنتين إلا[6] أن يكون معهن، أو أسفل

(ولد الابن — الصلبيـة أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وإن سفل — أى بنات الابن — صلبيتين — أى مع بنات الابن)

(١) قوله: "حظهما [أى حظ الأنثيين، وفى أكثر الشروح: مثل "الزيلعى" و"الكشف" و"العينى" و"الطائى" الثلاث... إلخ بصيغ التثنية] وجملة الأمر أن لبنات الصلب ثلاث أحوال وارثات وخمسا حاجبات النصف للواحدة المنفردة، والثلثان لأنثيين فأكثر عند الانفراد عن الابن، والتعصيب عند وجود الابن وهن حاجبات لولد الأم حجب حرمان، وللأم من الثلث إلى السدس. ولأحد الزوجين إلى الربع والثمن، وللأب من التعصيب فقط إلى التعصيب والفرض. (الكشف)

(٢) قوله: "كولده" فرضًا وتعصيبها، لكن فى تعصيبه نوع مخالفة عن ولد الصلب سيذكره المصنف قريبًا بقوله: إلا أن يكون... إلخ، وأيضًا يخالفه فى كونه محجوبًا حرمانًا ونقصانًا، فيحجب بالابن لقربته مع البنت لأقرب الذكور وحدهم الباقى أبعضه إذا كان معهم إناث. (الكشف)

(٣) قوله: "ومع" أى إذا كان مع بنت الميت لصلبه أولاد الابن، أو أولاد ابن الابن وإن سفل، أو المجموع كان الباقى بعد فرض البنت الصلبية لأقرب الذكور منهم؛ لأنه عصبية، فيجب الأبعد، وهذا إنما يستقيم إذا لم تكن فى درجة بنت ابن، وأما إذا كانت فى درجته بنت ابن فتشاركه، فلا يكون الباقى من فرض البنت له وحده. (الزيلعى)

(٤) قوله: وللإناث" أى لبنات الابن مع الواحدة الصلبية السدس تكملة الثلثين، ومراده إذا لم يكن فى درجتهن ابن ابن، وأما إذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه، فلا يرثن السدس، وإنما كان لهن السدس عند انفرادهن. (العينى)

(٥) قوله: "وحجبن" أى تحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين؛ لأن إرثهن كانت تكملة للثلثين، وقد كمل ببنتين، فسقطن إذ لا طريق لتوريثهن فرضًا وتعصيبًا. (الزيلعى)

(٦) قوله: "إلا" أراد بقوله: معهن إن يكن الغلام فى درجتهن، سواء كان أخًا لهن أو لم يكن، ثم الأصل فى بنات الابن عند عدم بنات الصلب إن أقربهن إلى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية، والتى تليها فى القرب منزلة بنات الابن، وهكذا يفعل وإن سفلن.

مثاله: لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعد، وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض، وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة:

ابن بنت ابن ابن

ابن بنت ابن بنت ابن بنت

منهن ذكرٌ، فيعصّب من كانت بحذاءه، ومن كانت فوقه ممن (من الإناث) لم يكن ذات سهم، ويسقط من دونه والأخوات لأب وأم (من الإناث ولد الابن) كبنات[١] الصلب عند عدمهن، والأب[٢] كبنات الابن مع (أي عند عدم البنات وبنات الابن) (أي والأخوات لأب...إلخ) الصلبيات، وعصّبهن[٣] إخوتهن[٤] والبنت وبنت الابن، (وعصبهن أيضًا)

ابن	بنت	ابن	بنت	ابن	بنت
ابن		ابن	بنت	ابن	بنت
		ابن		ابن	

فالعليا من الفريق الأول لا يوازيها أحد، فيكون لها النصف، والوسطى من الفريق الأول توازيها العليا من الفريق الثانى، فيكون لهما السدس تكملة الثلثين، ولا شىء للسفليات إلا أن يكون مع واحدة منهن غلام، فيعصبها ومن بحذاءها، ومن فوقها إن لم تكن صاحبة فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الأول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثانى والعليا من الفريق الثالث، وسقطت السفليات.

ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى، عصبهما وعصب الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث، والسفلى من الفريق الأول، ولو كان مع السفلى من الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض. (الزيلعى)

(١) قوله: "كبنات" حتى يكون لواحدة النصف وللثنتين الثلثان، ومع الإخوة لأب وأم للذكر مثل حظ الأنثيين. (الزيلعى)

(٢) قوله: "والأب" أى الأخوات لأب مع الأخوات لأب وأم كبنات الابن مع الصلبيات، حتى يكون للواحدة من الأخوات لأب النصف عند عدم الأخوات لأب وأم، ولاثنتين الثلثان فصاعدًا، ومع الإخوة لأب للذكر مثل حظ الأنثيين، ومع الأخت الواحدة لأب وأم السدس تكملة الثلثين، ويسقطن بالأختين لأب وأم إلا أن يكون منهن أخ لأب، فيصيبهن لما تلونا وبينا. (الزيلعى)

(٣) قوله: "عصبهن" أى عصب الأخوات لأب وأم، أو لأب أخوتهن، وعصبهن أيضًا البنت وبنت الابن لقوله عليه الصلاة والسلام: «اجعلوا الأخوات مع البنات عصبة»، وجعل الشيخ رحمه الله البنت ممن تعصب الأخوات، وهو مجاز، وفى الحقيقة لا تعصبهن، وإنما يصرن عصبة معها لا بها، والبنت بنفسها ليست بعصبة فى هذه الحالة، فكيف تعصب غيرها، بخلاف الأخوة على ما يجيء عن قريب -إن شاء الله تعالى-. (العينى)

(٤) قوله" إخوتهن" لم يكتف عن ذكر إخوتهن بالتشبيه فى قوله: والأخوات إلى قوله:

منه
وللواحد من ولد الأم السدس، وللأكثر الثلث ذكرهم
في القسمة والاستحقاق أي وإن كلهن وصلية وإن علا
كأنثاهم(١)، وحجبن(٢) بالابن وابنه، وإن سفل وبالأب والجد،
أي دون الإخوة لأبوين أو لأب تفسير للعصبة
والبنت(٣) تحجب ولد الأم فقط، وعصبة(٤) أي(٥) من أخذ الكل
أي ثم الأحق ابن الابن؛ لأنه يقوم عامه لأن ابن الابن
إذا انفرد، والباقي(٦) مع ذى سهم والأحق الابن(٧) ثم ابنه، وإن

مع الصبيان؛ لأن الذكر إن كان أسفل من الأخوات لا يعصبهن، كابن الأخ، بخلاف بنت الابن، وأضاف الإخوة إليهن لا إلى الميت قصدا إلى اشتراط اشتراكهما في وصف كونهما لأب وأم، ولا العكس. (الكشف)

(١) قوله: "كأنثاهم" لآية: ﴿وَإِنْ كَانَ رَجُلٌ يُورَثُ كَلَالَةً أَوِ امْرَأَةٌ وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ فَلِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ وَإِنْ كَانُوا أَكْثَرَ مِنْ ذَلِكَ فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾، المراد به أولاد الأم لذكر أولاد الأب والأم أو الأب في آية النصف، ولذا قرأ بعضهم "وَلَهُ أَخٌ أَوْ أُخْتٌ لِأُمٍّ"، وإطلاق الشركة يقتضي المساواة. (الكشف)

(٢) قوله: "وحجبن" أي الأخوات كلهن حجبن بهؤلاء المذكورين، وهو الابن وابن الابن وإن سفل، والأب والجد وإن علا، وكذا الإخوة يحجبون بهم؛ لأن ميراثهم مشروط بالكلالة، واختلف في الكلالة هل هي صفة للميت، أو للورثة، أو للتركة، وقرئ: يورث - بكسر الراء وفتحها- وأيا ما كان يشترط تسمية عدم الولد والوالد للميت، فيسقطون بهم. (الزيلعي)

(٣) قوله: "والبنت" أي بنت الميت تحجب الإخوة والأخوات من الأم وحدهم، ولا تحجب الإخوة من الأبوين أو من الأب لما أن شرط إرثهم الكلالة، ولا كلالة مع الولد والبنت ولد، فتحجبهم، وكذا بنت الابن لما أن ولد الابن ولد. (الزيلعي)

(٤) بالرفع عطف على قوله: ذو فرض في أول الكتاب تقدير والورثة ذو الفرض وعصبة. (العيني)

(٥) قوله: "أي" هذا تفسير للعصبة، أي العصبة من يأخذ جميع المال عند انفراده، وما أبقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر، وهذا رسم وليس بحد؛ لأنه لا يفيد إلا على تقدير أن يعرف الورثة كلهم، ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم، فيكون تعريفا بالحكم، والمقصود معرفة العصبة حتى يعطى ما ذكر، ولا يتصور ذلك إلا بعد معرفته. (الزيلعي)

(٦) قوله: "والباقي" انظر هل يشترط في مصداق التعريف وجود كل من وصفي أخذ كل التركة عند الانفراد وأخذ جميع الباقي بعد سهم ذى سهم، فيخرج عن التعريف العصبة بالغير، لفقدهما فيها، وكذا مع الغير، لفقد الأول، فيقيد المعرف بالعصبة بنفسه، كما في السيد

سفل، ثم الأب(١)، ثم أب الأب(٢) وإن علا، إلى غير نهاية ثم الأخ(٣) لأب وأم ثم الأخ لأب ثم ابن الأخ لأب وأم ثم ابن الأخ لأب، ثم الأعمام(٤)، ثم أعمام الأب، ثم أعمام الجد على الترتيب ثم

في "شرح السراجية".

ثم خدشه بأنه إذا أخص التعريف به كان المفهوم من كلامه تقديمه، أي العصبة بنفسه فقط على العصبة السببية مع أن التقديم عليها ليس مختصًا به، بل يشاركه فيه أخواه أو أم، لا بناء على جعل الواو بمعنى أو للتنويع، فهي كما في قولهم على ما في "الدر المختار": الطهارة شرعًا: هي النظافة من حدث أو خبث. . . اهـ.

قال محمد أمين: إن "أو" هنا للتنويع، فالقسمان المتخالفان حقيقة متشاركان في مطلق الماهية. . . اهـ، وتلك الماهية هي النظافة، فالمعنى العصبة من له حق في التركة بدون فرض مقدر في كتاب الله تعالى، فأما في كلها عند عدم الفرض ثمة، أو باقيها بعد الفرض عند وجوده فدخلة العصبة مع الغير في النوع الثاني، وهذا ظاهر.

وكذا بالغير بأن يراد بالباقي مطلق الباقي الأعم من كله، وبعضه، فالذي يظهر لي الولية الشق الثاني لئلا يحتاج إلى التقييد المذكور، ولاترد الخدشة المذكورة، والله أعلم بمراد عباده. (الكشف)

(٧) قوله: "الابن" أي أولاهم بالعصوبة جزء الميت، وإن سفل، وغيرهم محجوبون بهم، لقوله تعالى: ﴿يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الْأُنْثَيَيْنِ﴾ إلى أن قال سبحانه وتعالى: ﴿لِأَبَوَيْهِ لِكُلِّ وَاحِدٍ مِنْهُمَا السُّدُسُ مِمَّا تَرَكَ إِنْ كَانَ لَهُ وَلَدٌ﴾ فجعل الأب صاحب فرض مع الولد، ولم يجعل للولد الذكر سهمًا مقدرًا لتعين الباقي له، فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة. (الزيلعي)

(١) قوله: "الأب" أي ثم الأحق بالعصوبة أصل الميت، وهو الأب، لأن إرث الإخوة مشروط بالكلالة، وهي من لا ولد له ولا والد، وللإجماع فإذا قدم على الأخ وهو أقرب من العم، فعلى العم وابن العم بالأولى. (الكشف مع زيادة)

(٢) لتقدمه في الولاية على الأخ، فكذا في الميراث.

(٣) قوله: "الأخ" أي ثم الأحق جزء لأب، وهو الأخ لأب وأم. . . إلخ تقربه؛ لأنه جزء الأب، بخلاف العم، وقدم الأخ لأب وأم على الأب لقوة القرابة، لاتصال من الجانبين، وقال عليه الصلاة والسلام: «إن أعيان بني الأم يتوارثون بني العلات». (الكشف مع زيادة)

(٤) قوله: "الأعمام" أي أولاهم بالميراث بعد الإخوة أعمام الميت؛ لأنهم جزء الجد، فكانوا أقرب، وقوله: على الترتيب أي على الترتيب الذي ذكرنا في الإخوة، وهو أن يقدم العم

المعتق[١] ثم عصبته[٢] على الترتيب، (المذكور) واللاتى[٣] فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبةً بإخوتهن لا غير، ومن يدلى (أى بتقرب إلى الميتة) بغيره حجب به[٤]، سوى ولد الأم، والمحجوب[٥] يحجب كالأخوين

لأب، وأم على الأم لأب، ثم العم لأب على ولد العم لأب وعم، وكذا يعمل فى أعمام الأب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء فى الدرجة، وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الأعلى. (الزيلعى)

(١) قوله: "المعتق" أى ثم الأحق بعد هؤلاء المعتق، وهو آخر العصبات لقوله ﷺ: «الولاء لحمة كلحمة النسب»، ولأنه أحياه معنى بالإعتاق، فأشبه الولادة. (المجمع بزيادة)

(٢) قوله: "عصبة" ومعناه إذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب على الترتيب الذى ذكرنا، فعصبته مولاه الذى أعتقه، فإن لم يكن مولاه فعصبته عصبة المعتق، وهو المولى على الترتيب الذى ذكرنا، بأن يكون جزء المولى أولى وإن سفل، ثم أصوله، ثم جزء أبيه، ثم جزء جده، يقدمون بقوة القرابة عند الاستواء، وبعلو الدرجة عن التفاوت. (الزيلعى)

(٣) قوله: "واللاتى" أى النساء اللاتى فرضهن النصف والثلثان وهن البنات وبنات الابن والأخوات لأب وأم والأخوات لأب يصرن عصبة بإخوتهن، لا غير، هذا فى البنات والأخوات ظاهر؛ لأن عصوبتهن تقتصر عليه، وأما بنات الابن فإنهن يصرن عصبة بأبناء أعمامهن أيضًا، وإن سفل، فيكون معناه فى حقهن بإخوتهن، أو بمن له حكم إخوتهن. (العينى)

(٤) قوله: "به" أى بذلك الغير سوى ولد الأم، فإنه يدلى بالأم، ولا تحجبه بل هى تحجب بالاثنين منهم من الثلث إلى السدس على ما بينا، وإنما لا تحجبه الأم لأنها لا تستحق جميع التركة، ولا يرث هو إرثها؛ لأنها ترث بالولاد، وهو بالإخوة، فلا يتصور الحجب فيه، بخلاف الجدة حيث تحجب بالأم؛ لأنها ترث ميراث الأم، والأم أولى به منها؛ لأنها أقرب، وبخلاف الأب حيث يحجب الجد، والجدة من قبله والإخوة والأخوات كلهم؛ لأنه يستحق جميع التركة، وكذلك الابن يحجب ابنه؛ لما ذكرنا، فحاصله أن الحجب بأحد الأمرين: إما بمن يدلى به بشرطه **على ما ذكرنا، أو يكون الحاجب أقرب كالأعمام يحجبون بأعلى درجة منهم.** (الزيلعى)

(٥) قوله: "المحجوب" أى من حجب بورث يكون حاجبًا كلا الحجبين، كما فى المسألتين المذكورتين، فإنه إذا كان للميت أب يحجبان، ومع ذلك يحجبان الأم من الثلث إلى السدس، فإن إرث الإخوة مشروط بالكلالة، وإرث الأم الثلث مشروط بعدم الاثنين من الإخوة، والمراد بالحجب حجب حرمان. (عز)

أو الأختين يحجبان الأم إلى السدس مع الأب لا[١] المحروم

لأن الرقيق لا يملك شيئًا لا تسببًا كحافر البئر في غير ملكه كحربي وذمي

بالرق والقتل مباشرة، واختلاف الدين[٢] أو الدار،

كالبنوة كالزوجية إذا كانت غير محرم له

والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم، ولو[٣] حجب

لثبوت نسبه من جهة الأم، لا من جهة الأب

أحدهما، فبالحاجب لا[٤] بنكاح محرم، ويرث ولد

واحد

الزنا واللعان بجهة الأم فقط، ووقف[٥] للحَمل حظّ ابن،

---

(١) قوله: "لا" أي لا يكون من حرم بكونه رقيقًا أو لكونه قاتلا قتل مباشرة، أو للاختلاف بينه وبين الميت في الدين أو في الدار حاجبًا أصلا لا حجب نقصان، ولا حجب حرمان؛ لأنه كالميت فإن حرمانه لمعنى في نفسه، فخرج عن أهلية الإرث، بخلاف المحجوب لبقاء الأهلية، وبه علم مونع الإرث. (محمد اعزاز على غفر له)

(٢) بالكفر والإسلام، وأما الاختلاف على الكفر، فلا يمنع الإرث، حتى لم يرث المسلم عن الكافر، ولا الكافر منه.

(٣) قوله: "ولو" أي لو اجتمعت في الكافر قرابتان لو تفرقتا في شخصين حجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب، وإن لم يحجب يرث بالقرابتين، كما إذ تزوج المجوسي أمه، فولدت له ابنا، فهذا الولد ابنها وابن ابنها، فيرث منها إذا مات على أنه ابن، ولا يرث على أنه ابن ابن؛ لأن ابن الابن يحجب بالابن.

ولو ولدت له بنتا مكان الابن، ترث الثلثين النصف على أنها بنت، والسدس على أنها بنت الابن تكملة الثلثين، وترث من أبيها على أنها بنت، ولا ترث على أنها أخت من أم؛ لأن الأخت تسقط بالبنت.

ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أمها النصف على أنها بنت، وترث الباقي على أنه عصبة؛ لأنها أختها من أبيها، وهي عصبة مع البنت، وإن مات أبوها ترث النصف على أنها بنت بنت؛ لأنها من ذوي الأرحام، فلا ترث مع وجود سهم، أو عصبة، وهو قول عامة الصحابة رضي الله عنهم، وبه أخذ أصحابنا. (الزيلعي)

(٤) قوله: "لا" أي لا يرث الكافر بنكاح محرم، كما إذا تزوج المجوسي أمه أو غيرها من المحارم، لا يرث منها بالنكاح، أما عندهما فظاهر؛ لأن النكاح لم يصح، وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلأنه وإن كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه إذا أسلم، فكان كالفاسد. (الزيلعي)

(٥) قوله: "ووقف" أي إذا ترك الميت امرأة حاملا أو غيره ممن يرثه ولدها، وقف لأجله نصيب ابن واحد. (الزيلعي)

وهو حي
ويرث(١) إن خرج أكثره فمات لا أقله، ولا توارُث(٢) بين
جمع حريق، يعنى إذا ماتوا من الاحتراق   بيان للنصف الثالث من الورثة   تفسير لذى الرحم
الغرقى(٣) والحرقى إلا إذا علم ترتيب الموتى، وذو رحم(٤) وهو
تفسير لذى الرحم   ذو رحم   أى صاحبِ فرض
قريب ليس بذى سَهم وعصبة، ولا يرث(٥) مع ذى سهم
فيرث ذو الرحم
وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليها، وترتيبهم
فى كل صنف منهم
كترتيب العصبات، والترجيح(٦) بقرب الدرجة، ثم(٧) بكون(٨)

---

(١) قوله: "ويرث" أى الحمل يرث إن خرج أكثره، وهو حى ثم مات، وإن خرج أقله وهو حى، فمات لا يرث؛ لأن انفصاله حى من البطن شرط لإرثه، والأكثر يقوم مقام الكل، ثم إن خرج مستقيما فالمعتبر صدره، وإن خرج منكوسًا، فالمعتبر سرته. (الزيلعى)

(٢) قوله: "ولا توارث" اعلم أن غرقى لهم أحوال خمس: الأولى: أن يعلم السابق منهم على اليقين، والأمر حينئذٍ واضح، إذ لا يرث اللاحق من السابق على الترتيب.
والثانية: أن يعلم السابق على التعين أولا، ثم يلتبس، فيتوقف الإرث إلى أن يتيقن، أو يصطلح الورثة؛ لأن التذكر غير مأيوس منه، والثالث: أن يعلم السابق لا على التعين، والرابع: موت الجميع معًا، والخامس: أنه لا يعلم السبق من المعية، ففى هذه الصورة الثلاث لا يرث بعضهم من بعض. (فتح المعين)

(٣) جمع غريق، يعنى إذا ماتوا فى الغرق.

(٤) بالرفع عطف على قوله: وعصبة فى أول الكتاب.

(٥) قوله: "ولا يرث" أى لا يرث ذوا الأرحام مع وجود ذى فرض، أو عصبة إلا إذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين، فيرثون معه لعدم الرد عليه؛ لأن العصبة أولى معه، وكذ الرد على ذوى السهام أولى من ذوى الأرحام؛ لأنهم أقرب إلا الزوجين، فإنهما لا قرابة لهما مع الميت، وإرثهما نظير الدين، فإن صاحب الابن لا يرد عليه ما فضل بعد قضاء الدين، فكذا لا يرد عليه ما فضل من فرضهما على ذلك كان عامة الصحابة رضى الله عنهم. (الزيلعى)

(٦) قوله: "والترجيح" يعنى إرثهم بطريق العصبة، فيقدم الأقرب على الأبعد فى كل صنف منهم، كما فى العصبات. (التكملة)

(٧) قوله: ثم" أى إذ استويا فى الدرجة، فمن يدلى بوارث أولى من كل صنف؛ لأن الورث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه فى استحقاق الإرث، فكان من يدلى به أقوى، وللقوة تأثير فى التقديم، ألا ترى أن بنى الأعيان يقدمون على بنى العلات فى العصوبة لهذا

الأصل وارثًا، وعند[١] اختلاف جهة القرابة فلقرابة الأب ضعفُ قرابة الأم، وإن[٢] اتفق الأصول (في صفة الذكورة والأنوثة) فالقسمة على الأبدان (أي أبدان الفروع)، وإلا[٣] فالعدد (أي فيعتبر العدد) منهم (أي من الفروع) والوصف من بطن اختلف، والفروض[٤] نصفٌ وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس، ومخارجها[٥] اثنان

المعنى. (التكملة)

(٨) فيقدم بنت بنت الابن على بنت بنت البنت.

(١) قوله: "وعند" أي وإذا كان بعض ذوى الأرحام من جهة الأب وبعضهم من جهة الأم، كان لمن هو من جهة الأب الثلثان، ومن جهة الأم الثلث، ولأن قرابة الأب أقوى، فيكون لهم الثلثان، والثلث لقرابة الأم، وهذا لا يتصور فى الفروع، وإنما يتصور فى الأصول والعمات والأخوال. (الزيلعى بحذف)

(٢) قوله: "وإن" أي وإن اتفقت فى صفة الذكورة والأنوثة، ولم يختلفوا فيها، كانت القسمة على أبدانهم حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين، والمراد بالأصول لمدلى بهم، سواء كانوا أصولا لهم، أو لم يكونوا. (الزيلعى)

(٣) قوله: "وإلا" أي إن لم تتفق صفة الأصول يعتبر العدد من الفروع، أى المدلول بهم، والصفة من بطن اختلف، فيقسم المال على ذلك البطن، فيعتبر عدد كل واحد فى ذلك البطن ذكورًا بعدد فروعه، والأنثى الواحدة إناثًا بعدد فروعها، ويعطى الفروع ميراث الأصول، وإذا كان فيهم بطون مختلفة، يقسم المال على أول بطن اختلف على الصفة التى ذكرنا، ثم يجعل الذكور طائفة، والإناث طائفة بعد القسمة، فما أصاب الذكور يجتمع أو يقسم على أول بطن اختلف بعد ذلك، وكذا ما أصاب الإناث، وهكذا يعمل إلى أن ينتهى الذين هم أحياء، وهكذا قول محمد رحمه الله تعالى، وقول محمد رحمه الله أصح فى ذوى الأرحام جميعًا، وهو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة. (الزيلعى بحذف)

(٤) قوله: "والفروض" أي الفروض المقدرة كتاب الله تعالى هذه الستة، وهى نوعان على التنصيف، إن بدأت بالأكثر أو على التضعيف إن بدأت بالأقل، فنقول: النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفها ونصف نصفهما، أو تقول: الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس وضعفه وضعف ضعفه. (الزيلعى)

(٥) قوله: "مخارجها" أي مخارج هذه الفروض لا تخلو إما يجيء كل فريق منها منفردًا، أو مختلطًا بغيره، فإن جاء منفردًا، فمخرج كل فرض منه، وهو المخرج الذى يشاركه فى الحروف إلا النصف، فإنه من اثنين، وليس له سمى، وذلك مثل الثمن من ثمانية، والسدس من

للنصف، وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميّها واثنا عشر

أي تعول...إلخ قيّد بقوله: اثنا عشر، ولقوله: أربعة وعشرون

وأربعة وعشرون[1] بالاختلاط، وتعول[2] بزيادة، فستة إلى

أراد به السبعة والتسعة أراد به الثمانية وعشرة تعول إلى...إلخ

عشرة وتـــــرا[3] وشفعا، واثنا عشر[4] إلى سبعة عشر وترا[5]،

أي نصيب طائفة من الورثة أي تعول...إلخ

أو أربعة وعشرون[6] إلى سبعة وعشرين، وإن[7] انكسر حظ

ستة، والثلث من ثلثه، والرابع من أربعة.

وإن جاء مختلطًا بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالآخر، فإن اختلط كل نوع بنوعه، فخرج الأكل منه يكون مخرجًا للكل؛ لأن ما كان مخرجًا لجزء يكون مخرجًا لضعفه، ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج الثمن أو الستة مخرج السدس.

وإن اختلط أحد النوعين بالنوع الآخر، فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما، وإذا أردت معرفة ذلك أنظر مخرج كل واحد من الفريقين على حدة، ثم أنظر، هل بينهما موافقة، وإلا فإن كان بينهما موفقة فاضرب وفق أحدهما في جميع الآخر، وإن لم يكن بنيهما موافقة، فجميع أحدهما في جميع الآخر، فالمبلغ مخرج الفرضين.

ثم إذا اختلط النصف الأول بكل من الثاني أو ببعضه، فهو من ستة؛ لأن بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف، فإذ ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ ستة، وإذ اختلط الربع من الأول بكل الثاني، أو ببعضه فهو اثنى عشر؛ لأن مخرج الربع وهو الأربعة موافق مخرج السدس، وهو الستة بالنصف، فإذا ضربت وفق أحدهما في جميع الآخر يبلغ ثنتى عشر، ومنه يخرج الجواب.

وإن كان المختلط به الثلث والثلثان فلا موافقة بينهما، واضرب ثلاثة في ثمانية تبلغ أربعة وعشرين، فمنه فخرج الجواب، فصارت جملة المخارج سبعة، ولا يجمع أكثر من أربعة فروض في مسألة واحدة، ولا يجمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف، ولا ينكسر على أكثر من أربع طوائف. (التكملة)

(١) قوله: "أربعة وعشرون" هي مخرج الثلاثة والثمانية بالاختلاط، وذلك لأن مخرج الثلث الذي هو الثلاثة لا يوفق الثمانية، فاضرب الثلاثة فيهما، تبلغ أربعًا وعشرين، فمنه يخرج الجزءان. (ز والعيني)

(٢) قوله: "وتعول [شروع في مسائل العول]" أي تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخارج إذا اجتمع في مخرج فروض كثيرة، بحيث لا تكفي أجزاء المخرج لذلك، فيحتاج إلى العول بزيادة من أجزاء المخرج، فيرتفع المسألة، والعول الارتفاع، والمراد بالعول عزل بعضها؛ لأن كلها لا يعول، وإنما يعول ثلاثة منها الستة واثنا عشر وأربعة وعشرون، والأربعة الأُخر لا تعول. (الزيلعي)

(٣) قوله: "وترًا" يريد بالوتر السبعة والتسعة، وبالشفع الثمانية والعشرة، فمثال عولها إلى سبعة زوج وأختان لأبوين أو لأب أو زوج وجدة وأخت لأب، ومثال عولها إلى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم، أو زوج وثلاث أخوات متفرقات، أو زوج وأم وأخت من أب، أو زوج وأختان من أبوين وأخت من أم، أو زوج وأم وأختان من أب.

ومثال عولها إلى تسعة: زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم، أو زوج وأختان من أب وأختان من أم، أو زوج وأختان من الأبوين وأم وأخت من أم، ومثال عولها إلى عشرة: زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم. (الزيلعي)

(٤) قوله: "واثنا عشر" أي اثنا عشر تعول إلى سبعة عشر، وترًا لا شفعًا، والمراد بالوتر ثلاثة عشر وسبعة عشر، فمثال عولها إلى ثلاثة عشر: زوج وبنتان وأم وزوجة وأختان لأبوين وأخت لأم، أو زوج وبنت وابن وأم أو جدة، ومثال عولها إلى خمسة عشر: زوج وبنتان وأبوان أو زوجة وأختان لأب وأختان لأم، ومثال عولها إلى سبعة عشر أربع أخوات لأم، وثماني أخوات لأب، وجدتان وثلاث زوجات. (الزيلعي)

(٥) أراد به ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر.

(٦) قوله: "أو أربعة وعشرون" أي أربعة وعشرون تعول إلى سبعة وعشرين، وما فيها إلا عولة واحدة، وهي المنبرية، وتسمى التسعية وهي زوجة وأبوان وبنتان، سميت بذلك؛ لأن عليًا رضي الله تعالى عنه سئل عنها وهو على المنبر، فقال: عاد ثمنها تسعًا مرتجلا، ومضى في خطبة. (الزيلعي)

(٧) قوله: "وإن" شروع في مسائل الصحيح، اعلم أما أولا، فإنه يجب للتصحيح من معرفة أربعة أشياء: التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين؛ ليتمكن من العمل في التصحيح، فنقول: إن كان أحد العددين مثلا للآخر فهي المماثلة، فيكتفي بضرب أحدهما عن الآخر، وإن لم يكن مثلا له، فإن كان الأقل جزاء للأكثر فهي المداخلة، ولم يكن جزءًا له، فإن توافقا في جزء فهي الموافقة بينهما، وإن لم يتوافقا في جزء فهي المباينة، ، ولا يخلو عدد إن اجتمعا من حد هذه الأحوال الأربعة، وطريق معرفة كل منها مذكورة في المطولات.

وأما ثانيًا فإنه يحتاج في تصحيح المسائل إلى سبعة أصول: ثلاثة منها بين السهام والرؤوس، وأربعة بين الرؤوس، أما الثلاثة فأحدها يسمى الاستقامة، وهو ما إذا كان سهام كل فريق منقسمة عليها بلا كسر، فلا حاجة إلى الضرب، كأبوين وبنتين، والثاني الموافقة، وهو ما إذا انكسر نصيب على طائفة واحدة، ولكن بين سهامهم ورؤوسهم موافقة، فيضرب وفق عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام في أصل المسألة إن لم تكن عائلة، وفي أصلها وعولها إن كانت عائلة، كأبوين وعشر بنات أو زوج وأبوين وست بنات.

والثالث أن ينكسر كذلك، ولا يكون بين السهام والرؤوس موافقة، فيضرب كل عدد رؤوس من انكسر عليهم السهام في أصل المسألة، كزوج وجدة وثلاث أخوات لأم، أو في أصلها مع عولها، كزوج وخمس أخوات لأب وأم أو لأب.

تعدد
فريق ضرب[١] وفق العدد فى الفريضة إن وافق، وإلا[٢]
وهى السهام　　　أى مخرج التصحيح
فالعدد[٣] فى الفريضة فالمبلغ مخرج، وإن تعدد[٤] الكسر،

وأربعة منها بين الرؤوس والرؤوس، وهى التماثل والتداخل والتوفق والتباين، وهذه الأصول الأربع لا تأتى إلا فيما إذا كان الكسر على طائفتين. (الطحطاوى والزيلعى مع أدنى تغيير)

(١) قوله: "ضرب" أى إذ انكسر نصيب طائفة من الورثة ينظر بين رؤوسهم وسهامهم، فإن كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم فى الفريضة، وهى أصل المسأل، وعولها إن كانت عائلة، فالمبلغ تصحيح المسألة، كجدة وأخت لأم وعشرين أختا لأب، أصلها من ستة، فللجدة سهم، وكذا الأخت للأم، والأخوات لأب، الرابعة لا تنقسم عليهن، وتوافق رؤوسهن بالربع، فاضرب ربع رؤوسهن، وهو خمسة فى أصل المسألة، وهى ستة تبلغ ثلاثين، ومنها تصح. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإلا" إن لم توافق الرؤوس السهام، فاضرب عدد الرؤوس فى الفريضة، وهى أصل المسألة، وعولها إن كانت عائلها، فما بلغ من الضرب فهو التصحيح فى المسألتين، أى فى المباينة والموافقة، وقد ذكر مثال الموافقة.

ومثال المباينة: زوج وسبع أخوت لأب، أصلها من ستة، ولقول إلى سبعة للزوج النصف ثلاثة، وللأخوات الثلثان أربعة، فلا تنقسم عليهن، ولا توافق، فاضرب رؤوسهن فى الفريضة، تبلغ تسعة وأربعين، فمنها تصح. (الزيلعى)

(٣) أى إن لم يوافق العدد على رؤوس السهام.

(٤) قوله: "وإن تعدد" أى إذا انكسر على أكثر من طائفة واحدة، وتماثل أعداد رؤوس المنكسر عليهم، يضرب فريق واحد فى أصل المسألة، وعولها إن كانت عائلة، فما بلغ من الضرب، فهو تصحيح المسألة.

مثاله: ست أخوات لأب وأم، وثلاث أخوات لأم، وثلاث جدات، أصلها من ستة، وتعول إلى سبعة للأخوات لأب وأم الثلثان أربعة، لا تنقسم عليهن، وتوافق بالنصف، فردّ رؤوسهن إلى النصف ثلاثة، والأخوات للأم الثلث سهمان، لا ينقسم عليهن، ولا يوافق، وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن، ولا يوافق، فاجتمع منك ثلاثة أعداد متماثلة، فاضرب واحدًا منها فى الفريضة، تبلغ أحدًا وعشرين، فمنها تصح.

ولو كان بعض الأعداد متماثلة دون البعض، ضربت رؤوس فريق واحد من المتماثلين فى عدد رؤوس الفريق الباين لهم، أو فى وفقه إن وافق، فما بلغ ضربته الفريضة، فما بلغ صحت منه المسألة، مثاله: لو كان عدد الأخوات خمسًا مثلا فى المثال المذكور، والمسألة بحالها، ضربت ثلاثة فى خمسة، تبلغ خمسة عشر، ثم اضرب خمسة عشر فى الفريضة، وهى سبع تبلغ مائة وخمسة، فمنها تصح.

عدد رؤوس المتكسر عليهم أي ضرب بالأكثر

وتماثل[١]، ضُرب واحد، وإن تداخل[٢] فالأكثر، وإن

أي أعداد الرؤوس — أي وإن لم يوافق فيضرب العدد

توافق[٣] فالوفق، وإلا فالعدد فى العدد ثم وثم، ثم

أي فيضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر — عن فرض ذوى الفروض

المبلغ[٤] فى الفريضة وعولها، وما[٥] فضل يرد على

ولو ترك تسع أخوات لأب، وتسع أخوات لأم، وخمس عشرة جدة، ضربت التسعة فى خمسة، فما بلغ فى الفريضة فمنها تصح، وعلى هذا لو كان المباين أكثر من طائفة واحدة، تضرب ما بلغ من الضرب الأول فيه، أو فى وفقه، ثم ما بلغ فى الفريضة، فما بلغ فمنه تصح المسألة.

مثاله: أربع زوجات وخمس أخوات لأم، وثلاث جدات، وثلاث أخوان لأب، أصلها من اثنى عشر، وتعول إلى سبعة عشر، ولا تنعقد على الكل، ولا توافق عدد الأخوات لأب يماثل الجدات، فيستغنى هو حد ما، فتضرب ثلاثة فى أربعة، تبلغ اثنى عشر، ثم فى خمسة تبلغ ستين، ثم تضرب التسعين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ألفًا وعشرين، فمنها تصح المسألة. (الزيلعى)

(١) عدد رؤوس المنكسر عليهم، أى فريق واحد فى أصل مسألة وعولها إن كانت عائلة.

(٢) قوله: "وإن تداخل" أى وإن تداخل عدد رؤوس المنكسر عليهم، فاضرب أكثر الأعداد، مثاله أربع زوجات وثلاث جدات، واثنا عشر عمًا، أصلها من اثنا عشر، للزوجات الربع ثلاثة، وللجدات السدس سهمان، وللأعمام ما بقى سبعة، ولا موافقة بين الأعداد والسهام، لكن الأعداد متداخلة، فاضرب أكثرها، وهو اثنا عشر فى أصل المسألة، وهو اثنا عشر، يكن مائة وأربع وأربعين، ومنها تصح. (العينى بحذف)

(٣) قوله: "وإن توافق" أى وإن توافق أعداد الرؤوس، فيضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر، وإن لم يوافق فيضرب العدد، أى يضرب جميع أحدهما فى جميع الآخر، وقوله: ثم وثم، أى ثم يضرب بما بلغ فى وفق الثالث إن وافق المبلغ الثالث، وإن لم يوافق فيضرب كله فيه. (العينى بحذف)

(٤) قوله: "ثم المبلغ" أى ثم يضرب المبلغ، أى ما بلغ يضرب فى الفريضة، فما بلغ تصح منه، ويضرب فى عولها إن كانت عائلة، مثال الموافقة: أربع زوجات وثمان عشرة أختا لأم، واثنتا عشرة جدة وخمس عشرة أختًا لأب، أصلها من اثنى عشر، وتعول إلى سبعة عشر، فللزوجات الربع ثلاثة، لا ينقسم عليهن، ولا يوافق، وللأخوات لأم الثلث أربعة، لا تنقسم عليهن. ويوافق بالنصف، فرد رؤوسهن إلى النصف تسعة، وللجدات السدس سهمان، لا ينقسم عليهن، ويوافق بالنصف، فرد رؤوسهن إلى النصف ستة، وللأخوات لأب الثلثان ثمانية، لا تنقسم عليهن ولا توافق، فبين خمسة عشرة والستة موافقة بالثلث، فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر تبلغ ثلاثين، ثم بين الثلاثين، والتسعة موافقة بالثلاث، فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر، تبلغ تسعين، ثم بين التسعين والأربعة موافقة النصف، فاضرب نصف أحدهما فى

ذوى الفروض بقدر سمهامهم إلا على الزوجين، فإن كان من يردّ عليه جنساً واحداً، فالمسألة من رؤوسهم كبنتين[١] أو أختين، وإلا[٢] فمن سهامهم، فمن اثنين لو سُدسان[٣]، وثلاثة لو ثلث وسدس، وأربعة لو نصف وسدس

أى يجعل فمن اثنين — كأخوين لأم وجدة — كبنت وبنات ابن

جميع الآخر، تبلغ مائة وثمانين، ثم اضرب المائة والثمانين فى الفريضة، وهى سبعة عشر تبلغ ثلاثة آلاف وستين، فمنها تصح.

ومثال المباينة: خمس أخوات لأب، وثلاث أخوات لأم، وسبعة جدات، وأربع زوجات، أصلها من اثنى عشر، وتعول إلى سبع عشر، فللأخوات لأب الثلثان ثمانية؛ لا ينقسم عليهن، لا توافق، والأخوات لأم الثلث أربعة لا ينقسم عليهن، لا يوافق، وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن، ولا يوافق، وللزوجات الربع ثلاثة لا ينقسم عليهن ولا يوافق، فاضرب أحدهما فى الأخرى تبلغ خمسة عشر، وخمسة عشر لا توافق الأربعة، فاضرب إحداهما فى الأخرى تبلغ ستين، والستون لا توافق السبعة، فاضرب أحدهما فى الأخرى، تبلغ أربع مائة وعشرين فى الفريضة، وهى سبع عشر تبلغ سبعة آلاف مائة منها تصح. (العينى)

(٥) قوله: "وما" أى يرد ما فضل من فرض ذوى الفروض إذا لم يكن ثمه عصبة على ذوى الفروض بقدر سهامهم إلا على الزوجين، فإنهما لا يرد عليهما، وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم، وبه أخذ أصحابنا رحمه الله تعالى. (الزيلعى)

(١) قوله: "كبنتين" لأنهما استويا فى الاستحقاق صار كابنين أو أخوين، فيجعل المال بينهما نصفين، وكذا الجدتان لما ذكرنا، والمراد بالأختين أن يكونا من جنس واحد، بأن يكون كلاهما لأب أو لأم أو الأبوين. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإلا" إلى قوله: أو نصف وثلث، أى إن لم يكن من يرد عليه جنساً واحداً، بأن كان جنسين، أو ثلاثة، تجعل المسألة من سهامهم، فتجعل من اثنين لو اجتمع سدسان، كجدة وأخت لأم ومن ثلاثة إذ اجتمع ثلث وسدس، كأخوين لأم وجدة أو أم وأخ لأم أو أم وأخوين لأم، ومن أربعة إذا اجتمع نصف وسدس، كبنت وبنات ابن، أو أخت لأبوين وأخوات لأب أو أخت لأب وأخ لأم أو جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الإناث ومن خمسة إذا اجتمع ثلثان وسدس، كأم أو جدة مع من يستحق الثلثين من الإناث، أو أختين لأب وأخ لأم أو نصف وسدسان، كبنت وبنت ابن وأم أو جدة وأخت لأم وأخت لأب، أو ثلاث أخوات متفرقات، أو أم وأخت لأم وأخت لأب، أو نصف وثلاث كأم وأخت لأب أو أخوين لأم، وأخت لأبوين أو لأب. (الزيلعى)

(٣) أى لو اجتمع سدسان، كجدة وأخت لأم.

كأم وجدة مع من يستحق الثلثين من الإناث كبنت وبنت ابن وأم كأم وأخت لأب

وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان، أو نصف

وهو ما إذا كانوا جنسًا واحدًا

وثلث، ولو مع الأول(١) من لا يرد عليه أعطِ فرضه من أقل

أى مخارج الفرض

مخارجه، ثم اقسم الباقى على من يرد عليه، كزوج وثلاث

الباقى من فرض من لا يرد عليه الباقى من فرض من يرد عليه

بنات، وإن لم يستقم(٢) فإن وافق رؤوسهم فاضرب وفق

رؤوسهم فى مخرج من لا يرد عليه، كزوج وست بنات،

أى وإن لم يوافق الباقى رؤوسهم

وإلا فاضرب كل رؤوسهم فى مخرج فرض من لا يرد عليه،

المراد الثانى أن تكون طائفتان، أو أكثر

كزوج وخمس بنات، ولو مع الثانى(٣) من لا يرد عليه، فقسم

ما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسألة من يرد

---

(١) قوله: "ولو مع الأول" أى لو كان مع الأول، وهو ما إذا كانوا جنسًا واحدًا من لا يرد عليه، ولو أحد الزوجين أعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه، ثم قسم الباقى على رؤوس من يرد عليه إن استقام الباقى عليهم، كزوج وثلاث بنات للزوج الربع، فأعطه من أقل المخارج الربع وهو أربعة، فإذا أخذ ربعه وهو سهم بقى ثلاثة أسهم، استقام على رؤوس البنات. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن لم يستقم" أى وإن لم ينقسم الباقى بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤوس من يرد عليه، ينظر، فإن كان بين الباقى من فرض من لا يرد عليه وبين رؤوسهم موافقة، فاضرب وفق رؤوسم فى مخرج فرض من لا يرد عليه، كزوج وست بنات، فإن بينهما موافقة بالثلث، فرد رؤوسهن إلى ثلاثة اثنين، ثم اضربه فى أربعة، وإن لم يوافق الباقى رؤوسهم، كزوج وخمس بنات، فإنه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة، فاضرب جميع رؤوسهن وهو الخمسة فى الأربع، فالمبلغ فى الوجهين تصحيح المسألة، فتصح الأول من ثمانية، وفى الوجه الثانى من عشرين؛ لأنك فى الأول ضربت اثنين فى أربعة، وفى الثانى خمسة من أربعة، فيأخذ الزوج فى الأول سهمين، يبقى ستة فلكل واحد من البنات سهم، ويأخذ فى الثانى خمسة، فيقسم الباقى على خمسة، يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ولو مع الثانى" أى لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه، فاقسم ما بقى . . . إلخ، وهو سهامهم على ما بين. (الزيلعى)

عليـــه، كزوجــة[١] وأربع جدات، أو ست أخوات الأم، وإن
الباقى من فرض من لا يرد عليه سهام من لا يرد عليه أى على مسألتهم
لم يستقم[٢] فاضرب سـهام من يرد عليه فى مـخرج فرض من
لا يرد عليـه، كـأربع زوجـات وتسع بنات وست جـدات، ثم
اضرب[٣] سهام من لا يرد عليه فى مسألة من يرد عليه، وسهام
من يرد عليـــه فـيمـا بـقى من مـخـرج من لا يـرد عليـه، وإن
البعض أو الكل المسألة فى الطريق المذكورة
انكسر[٤] فصحح كما مر.

(١) قوله: "كزوجة" للزوجة الربع، فأعطها من أقل وجه، وهو واحد من أربعة، تبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة؛ لأن سهامهن ثلاثة. (الزيلعى)

(٢) قوله: "وإن لم يستقم" إلى قوله: ست جدات، أى وإن لم ينقسم الباقى من فرض من لا يرد عليه سهام من يرد عليه، أى على مسألتهم، فاضرب سهام من يرد عليه من مخرج فرض من لا يرد عليه، فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر، وهذا الضرب بيان مخرج فروض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح، فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات، وواحدة للجدات، وما بقى من فرض من لا يرد عليه سبعة، وهو لا ينقسم على خمسة، فاضرب الخمسة فى الثمانية تبلغ أربعين، فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحًا، فللزوجات الثمن خمسة، والباقى لمن يرد عليه. (الزيلعى)

(٣) قوله: "ثم اضرب" هذا البيان طريق معرفته سهام كل فريق من هذا المبلغ، فإذا أردت معرفة سهم الزوجات فى المثال الذى ضرب، فاضرب سهامًا فى خمسة، فهو نصيبهن، وإذا أردت معرفة نصيب البنات، فاضرب سهامهن من خمسة، وهو أربعة فيما بقى من فرض من لا يرد عليه، وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين، فهو لهن، للجدات سهم مضروب فى سبعة بسبعة.

وإنما كان الضرب على ما ذكر؛ لأن الخمسة لما ضربت فى الثمانية وجب أن يضرب سهام كل فريق من الثمانية فى الخمسة، وسهم الزوجات واحد من الثمانية فى الباقى لمن يرد عليه، وهو سبعة، فيضرب فى الخمسة تبلغ خمسًا وثلاثين، فصارت السبعة مضروبة فى خمسة بالنسبة إلى أصل مسألة من يرد عليه؛ لأن كل من له شيء من الثمانية مضروب فى خمسة، وكذ الخمسة مضروبة فى نصيب كل واحد من الثمانية؛ لأن كل عدد كل ضرب فى عدد كل واحد منهم مضروبًا، ومضروبًا فيه، ولهذا غير العبارة بقوله: وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه لا لتغير العمل. (الزيلعى)

(٤) قوله: "إن كسر" أى إذا انكسر على البعض، أو على الكل، فصح المسألة بالطريق

شروع فى مسائل المناسخة أى بعض الورثة أى قبل قسمة التركة
وإن مات البعض قبل القسمة فصحح مسألة الميت الأول، وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسألة الميت الثانى، فانظر بين ما فى يده (وهو نصيب من الميت الأولى) من التصحيح الأول وبين التصحيح الثانى ثلاثة أحوال (أى التوافق والتباين والاستقامة)، فإن استقام ما فى يده من التصحيح الأول على التصحيح الثانى، فلا ضرب، وصحّتا[1] من تصحيح الميت الأول.

وإن لم يستقم فإن كانت بينهما[2] موافقة، فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الأول، وإن كان بينهم مباينة[3] فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الأول، فالمبلغ[4] مخرج المسألتين، واضرب سهام ورثة الميت الأول فى

المذكورة فى التصحيح ؛ لأن السهام إذا لم تقسم على أربابها احتيج إلى التصحيح ، وما ذكر فى هذا الباب من الضرب لم يكن إلا لتخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه ، ومن لا يرد من عدد واحد ، كما ذكر فى مخارج السهام لا لتصحيح المسألة عليهم ، وقد ذكرنا طريق التصحيح ، وطريق معرفة سهام كل فريق وطريق معرفة وسهام كل واحد من آحاد الفريق ، فلا نعيده .

والمثال الأول الذى ذكره المصنف رحمه الله ، وهو زوجة وأربع جدات وست أخوات لأم ؛ تصح من ثمانية وأربعين ، والمثال الثانى : هو أربع زوجات وتسع بنات وست جدات ، فصح من ألف وأربع مائة وأربعين . (الزيلعى)

(١) أى صحة الفريضتين فريضة الميت الأول والثانى صحت منه للأولى .

(٢) أى بين ما فى يده وهو نصيبه من الأول وبين فريضته وهو التصحيح الثانى .

(٣) أى بين ما فى يده وفريضته وهو التصحيح الثانى .

(٤) قوله : "فالمبلغ" أى ما بلغ من الضرب تصحيح الفريضتين ، فريضة الميت الأول وفريضة الميت الثانى ، وإنما كان النظر بين ما فى يد الميت الثانى ، وهو نصيبه من التصحيح الأول

التصحيح الثاني، أو في وفقه، وسهام ورثة الميت الثاني في نصيب[١] الميت الثاني، أو في وفقه ويعرف[٢] حظّ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل المسألة فيما ضربته في أصل المسألة، وحظّ[٣] كل[٤] فرد بنسبة سهام كل فريق من

أي ويعرف حظ...إلخ — أي بأن ينسب سهام...إلخ

وبين فريضته في ثلاثة أحوال من الاستقامة والموافقة والمباينة؛ لأن ما في يده، وهو نصيبه من الفريضة الأولى مقسوم على فريضة، فصارت فريضة، نظر الرؤوس المقسوم عليهم ونصيبه من الأول نظير نصيبه من أصل المسألة، فكما ينظر بين السهام والرؤوس في الأحوال الثلاثة في تصحيح الفريضة، فكذا بينهما، حتى إذا انقسم ما في يه على فريضته لا حاجة إلى الضرب، كما إذا انقسم نصيب الفريق من أصل المسألة على رؤوسهم.

وإن لم ينقسم فإن وافق يضرب وفق فريضته، وإن لم يوافق يضرب كل الفريضة الثانية في الفريضة الأولى، كما في الرؤوس، كذلك إذا عرف ذلك يحتاج إلى بيان طريق معرفته نصيب كل واحد من ورثة الأول والثاني بالطريق المذكور في التصحيح، وقد بينه في "المختصر". (الزيلعي)

(١) قوله: "في نصيب" أي في نصيبه من الفريضة الأولى، وإن كان فيهم من يرث من الميتين، ضربت نصيبه من الأولى في الفرضة الثانية، أو في وفقها، ونصيبه من الثاني ما في يد الميت الثاني، أو في وفقه، ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثاني مقام الأول، والثالث مقام الثاني في العمل، ولو مات رابع، فاجعل المبلغ الثالث مقام الأولى، والرابع مقام الثانية، وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية، والمبلغ الذي قبله مقام الأولى إلى ما لا يتناهى، ولهذا أمثلة كثيرة مسطرة في علم الفرائض، طوينا ذكرها طلبًا للاختصار، واعتمادًا على كتب الفرائض المستعملة. (العيني)

(٢) قوله: "و يعرف" أي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من أصل المسألة في مبلغ الرؤوس، وهو المضروب في الفريضة، فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق. (الزيلعي)

(٣) قوله: "وحظ" أي يعرف نصيب كل فرد من أفراد الفريق بأن تنسب سهام جميع الفريق من أصل المسألة إلى عدد رؤوس ذلك الفريق، فما وجد نسبة أعطى لكل أحد من آحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب، فيخرج نصيب كل واحد منهم، ومعنى قوله: مفردًا أن ينسب إلى فريق واحد من غير ضم فريق آخر عند النسبة، وهذه المسألة، والتي قبلها موضعهما باب التصحيح. (الزيلعي)

(٤) من أفر هو الفريق.

أصل المسألة إلى عدد رؤوسهم (أى رؤس ذلك الفريق) مفرداً (كل واحد من آحاد الفريق)، ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فردٍ (من أفراد الفريق).

وإن أردت[1] قسمة التركة بين الورثة، أو الغرماء،

---

(١) قوله: "وإن أردت" هذا إذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ولا مجموع الدين موافقة، فمثال الإرث على تقدير عدم الموافقة ما إذا فرض أن جميع التركة خمس وعشرون ديناراً، كان بينها وبين التصحيح الذى هو ثمانية مباينة، فإذا أردت أن تعرف نصيب كل وارث من هذه التركة فاضرب نصيب الزوج من التصحيح، وهى ثلاثة فى كل التركة، يجعل خمسة وسبعون، ثم اقسم هذا المبلغ على التصحيح أعنى ثمانية، يخرج تسعة دينار وثلاثة أثمان دينار، فهذه نصيب الزوج، واضرب أيضًا نصيب الزوج، واضرب أيضًا وهو واحد من جميع التركة، فيكون الحاصل خمسة وعشرين، فإذا قسمتها على الثمانية، خرج ثلاثة دنانير وثمن دينار، فهى نصيب الأم، واضرب نصيب كل أخت من التصحيح وهو اثنان فى كل التركة، يحصل خمسون، فإذا قسمت هذا الحاصل على الثمانية، فخرج ستة دنانير وربع دينار، وهو نصيب كل أخت من التركة.

ومثال ما إذا كان بين التركة والتصحيح موافقة: زوج وأم وأختان لأب وأم، أصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية، فللزوج منها ثلاثة، ولأم واحد، ولكل من الأختين سهمان، فإن فرض أن جميع التركة خمسون ديناراً، يكون بين التصحيح والتركة موافقة بالنصف، فيضرب سهم الزوج من التصحيح وهو ثلاثة فى وفقه التركة وخمسة وعشرون، يبلغ خمسة وسبعين، ثم تقسم الخمسة والسبعين على موافق التصحيح وهو أربعة، فيكون للزوج من التركة ثمانية عشر ديناراً، وثلاثة أرباع دينار، ويضرب سهم الأم من التصحيح وهو واحد فى خمسة وعشرين، وهو وفق التركة، فيكون خمسة وعشرين، ثم تقسمها على وفق التصحيح، وهو أربعة، فيكون للأم ستة دنانير وربع دينار، ويضرب سهم كل من الأختين وهو سهمان فى وفق التركة، فيبلغ خمسين، ثم تقسمها على وفق التصحيح، وهو أربعة، فيكون لكل واحد من الأختين اثنى عشر ديناراً ونصف دينار.

وفى القسمة بين الغرماء اجعل مجموع الديون كالتصحيح، وكل دين من ديون الغرماء كسهام الورث، ثم اعمل العمل المذكور، فإذا كانت للميت غريمان لكل منهما ثلاثة آلاف وستة دينار، لكل منهم ألفان، وكانت التركة عشرين، كان بين جميع الديون، وذلك خمسة عشر، وبين التركة موافقة نصفية، فتضرب الثلاثة التى كانت لكل من الغريمين فى نصف التركة، وذلك عشرة، تبلغ ثلاثين، وتقسم على نصف الديون، وذلك تسعة، فالخارج وذلك ثلاثة وثلث نصيب كل منهما، فيكون لكليهما ستة وثلثان، ويضرب الاثنان اللذان كانا لكل من الغرماء الستة فى العشر، يبلغ عشرين، ويقسم على التسعة، فالخارج وذلك سهمان وتسعان نصيب كل منهم، فيكون

فاضرب سهام كل وارث من التصحيح فى كل التركة، ثم اقسم المبلغ على التصحيح، ومن صالح من الورثة فاجعله[١] كأن لم يكن، واقسم ما بقى على سهام من بقى، والحمد لله الذى بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على رسوله محمد خير خلقه وآله أجمعين الطيّبين الطّاهرين.

خاتمة الطبع

للغرماء الستة ثنى عشر سهما واثنى عشر تسعًا، وذلك سهم وثلث سهم، فإذا ضمت ثلاثة عشر وثلثا إلى ستة وثلاثين يبلغ عشرين.

وإن كانت التركة تسعة عشر بينهما وبين جميع الديون مباينة، فتضرب ثلاثة كل من الغريمين فى تسع عشر، يبلغ سبع وخمسين، فيقسم على ثمانية عشر، فالخارج وهو ثلاثة أسهم وتسع وتصف تسع لكل منهما، فيكون لكليهما ستة أسهم وثلاثة أتساع، وذلك ثلث سهم، فيضرب سهمًا كل من الغرماء الستة فى تسعة عشر يبلغ ثمانية وثلاثين، فيقسم على ثمانية عشر، فالخارج وهو سهمان وتسع لكل منهم، فللغرماء الستة اثنى عشر، وستة أتساع سهم، وذلك ثلثاه، فإذا ضمت اثنى عشر وثلاثين إلى ستة وثلث يبلغ تسعة عشر. (المجمع مع زيادة وتغيير)

(١) قوله: "فاجعله" لأن المصالح لما ترك بشيء أعطوه جعل مستوفيًا نصيبه، وخرج من البين، فيبقى الباقى مقسومًا على سهامهم، وقوله: فاجعله كأن لم يكن فيه نظر؛ لأنه قبض بدل نصيبه، فكيف يمكن جعله كأن لم يكن، بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوفِ الباقون أنصباءهم، ألا ترى أن المرأة إذا ماتت وخلفت زوجًا وأما وعما، فصالح الزوج على ما فى ذمته من المهر، يقسم الباقى من التركة بين الأم والعم أثلاثًا، للأم سهمان، وسهم للعم.

ولو جعل الزوج كأن لم يكن لكان للأم سهم؛ لأنه الثلث بعد خروج الزوج من البين، وللعم سهمان لأنه الباقى بعد الفرض، ولكن تأخذ هى ثلث الكل، وهم سهمان من ستة، وللزوج النصف ثلاثة، وقد استوفاه بأخذ بدله، فبقى السدس وهو سهم للعم.

وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاث أخوات متفرقات، وزوجًا، فصالحت الأخت لأب وأم، وخرجت من البين، كان الباقى بينهم أخماسًا، ثلاثة للزوج، وسهم للأخت لأب، وسهم للأخت لا على ما كان لهم من ثمانية؛ لأن أصلها من ستة، وتعول إلى ثمانية، فإذا استوفت الأخت نصيبها وهو ثلاثة بقى خمسة، ولو ماتت كأنها لم تكن لكانت من ستة، وبقى سهم

فهرس الجزء الثاني

نبذة من منشورات إدارة القرآن كراتشي

كشف الدجىٰ عن وجه الربا	ظفر أحمد العثماني.
كشف الرين في مسألة رفع اليدين	هاشم سندهي.
كنز الدقائق مع حاشية الشيخ إعزاز علي	للنسفي.
الكوكب الدري على جامع الترمذي ١-٤	للجنجوهي.
كتاب التجنيس (فتاوىٰ صاحب الهداية) ١-٦	للمرغيناني.
مجموعة رسائل كشميري ١-٤	للكشميري.
مجموعة رسائل عبد الحئي لكهنوي ١-٦	للكهنوي.
مجموعة الخطب اللكنوية (خطابات الجمعة والعيدين)	للكهنوي.
مختصر القدوري مع حاشية معتصر الضروري	للقدوري.
المحيط البرهاني الموسوعة الفقهية ١-٢٥	ابن مازه البخاري.
مشكلات القرآن مع مقدمة الشيخ يوسف البنوري	للكشميري.
مكانة الإمام أبي حنيفة بين المحدثين	للدكتور حارثي.
مناسك ملا علي قاري مع إرشاد الساري	لملا علي القاري.
مصنف عبد الرزاق ١-١٢	للصنعاني.
مصنف ابن أبي شيبة ١-١٦	لابن ابن شيبة.
جامع أحاديث الأحكام متن أعلاء السنن ١-٢	ظفر أحمد العثماني.
مجموعة رسائل مفتي محمد شفيع	للعثماني.
المدخل إلى دراسة علم الكلام	لحسن الشافعي.
النكت الطريفة في التحدث عن ردود ابن أبي شيبة	للكوثري.
نخب الأفكار في تنقيح مباني الأخبار ١-٢	للعيني.
الهداية مع حاشية عبد الحئي لكهنوي ١-٤	المرغيناني.
الهداية حاشية عبد الحئي لكهنوي ١-٨ جلد	المرغيناني.

نبذة من منشورات إدارة القرآن كراتشي

٤٥ - مِن منشورات المجلس العلمي

لمسائل المبسوط والجامعين والسير والزيادات والنوادر
والفتاوى والواقعات مُدللة بدلائل المتقدمين رحمهم الله

تأليف

الإمام برهان الدين أبي المعالي محمود بن صدر الشريعة ابن مازة البخاري
رحمه الله تعالى ٥٥١ هـ / ٦١٦ هـ

قرظه

فضيلة الشيخ
محمد تقي العثماني

الدكتور
بشار عواد معروف

اعتنى بإخراجه وتقديمه
نعيم أشرف نور أحمد

المجلد الخامس والعشرون

الناشر

إدارة القرآن
والعلوم الإسلامية

المجلس العلمي
كراتشي، باكستان

الفتاوى التاتارخانية

للعلامة عالم بن العلاء الأنصاري الاندربتي
الدهلوي الهندي

(المتوفى سنة ٧٨٦)

قام بتحقيقه القاضي سجاد حسين
رئيس المدرسة العالية
جامع فتحپوري دهلي الهند

الجزء الثالث

من منشورات
إدارة القرآن والعلوم الإسلامية
أشرف منزل د/٤٣٧، كاردن ايست، كراتشي، باكستان